

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA
THÉORIE DES ASTREINTES

ÉVOLUTION. — APPLICATIONS. — CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 23 Novembre 1901

PAR

Marc BRÉSARD



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—
1901

LA
THÉORIE DES ASTREINTES

ÉVOLUTION. — APPLICATIONS. — CRITIQUE

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM. CAILLEMER, O. , I. , doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, , I. , professeur honoraire.

GARRAUD, I. , professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. , professeur de Droit romain.

FLURER, I. , professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, I. , professeur honoraire.

AUDIBERT, I. , professeur honoraire.

COHENDY, , I. , professeur de Droit commercial.

PLC, I. , professeur de Droit international public.

BARTIN, I. , professeur de Droit civil.

APPLETON (Jean), A. , professeur de Droit administratif.

LAMBERT, professeur d'Histoire du Droit.

BOUVIER, professeur-adjoint.

LAMEIRE, agrégé (Droit public).

JOSSERAND, agrégé (Droit privé et criminel).

BROUILHET, agrégé (Sciences économiques).

HUVELIN, agrégé (Histoire du Droit).

BECK (J.), A. , secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM. FLURER, professeur. *Président*.

BOUVIER, professeur-adjoint. . . .

JOSSERAND, agrégé

} *Assesseurs.*

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA

THÉORIE DES ASTREINTES

ÉVOLUTION. — APPLICATIONS. — CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 23 Novembre 1901

PAR

Marc BRÉSARD



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—
1901

A MON PÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ARNTZ, *Cours de Droit civil français*, 2^e édit., 1879, t. III, n^o 58.
- AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 4^e édit., 1869, t. IV, pp. 40-43.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des contrats*, t. I, n^{os} 440, 441, 478, 479.
- CHAUSSÉ, De l'intérêt d'affection (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895, t. XXIV, pp. 446-449).
- DALLOZ, *Jurisprudence générale*. Répertoire alphabétique, V^{is} Chose jugée, n^o 381 et suiv.; Mariage, n^o 759.
- Supplément au Répertoire. V^{is} Appel civil, n^o 221, Obligations, n^o 254.
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n^o 488 et suiv., n^o 494 et suiv.
- GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1888, t. III, § 461, 465, 527 à 530.
- HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris 1900, n^{os} 136 et 145.
- LABBÉ, Encore l'affaire de Bauffremont (*Revue pratique de Droit français*, 1881, t. I, pp. 82, 83).
- LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XVI, § 197 à 202, § 299 à 303.

MEYNIAL, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire (*Revue pratique de Droit français*, 1884, t. LI, pp. 398 à 428, 447 à 466, 473 à 483).

Pandectes françaises, Répertoire alphabétique. Vis Appel civil, n° 4184; Chose jugée, n° 1483; Mariage, n° 1569 et suiv. Obligations, n° 2105 et suiv.

POTHIER, *Traité du contrat de louage*, § 66. — *Traité de la vente*, § 68 et 479. — *Traité des obligations*, § 146 et 158, édition Beugnet.

INTRODUCTION

L'astreinte est une condamnation à des dommages et intérêts par jour de retard destinée à amener le débiteur à l'exécution en nature de son obligation. Le nom en est récent, l'idée date du commencement du siècle passé.

Par une évolution lente et continue la jurisprudence a sanctionné une notion nouvelle des dommages et intérêts. La théorie des astreintes est son œuvre, elle fait aujourd'hui partie de notre droit. A-t-elle sa raison d'être ? Il est difficile de le nier. Est-elle sujette à des critiques ? Cela est certain, mais il semble que ce soit pour la doctrine jouer un rôle stérile que de se borner à les formuler. Cette théorie existe, et cela seul suffit pour la rendre digne d'une étude spéciale.

Quelle est la marche de l'évolution subie par la jurisprudence ? Comment, ayant pour point de départ les articles 1142, 1147 et 1149 du Code civil, a-t-elle pu arriver à la théorie des astreintes et transformer des dommages et intérêts prononcés à titre de réparation de préjudice en dommages et intérêts prononcés à titre de contrainte ? Quel est le mécanisme de cette théorie, quelles applications en ont été faites, à quels résultats ces applications ont-elles abouti ?

Telles sont les questions qu'il nous a paru intéressant de se poser et que nous étudierons successivement.

LA THÉORIE DES ASTREINTES

ÉVOLUTION. — APPLICATIONS. — CRITIQUE

CHAPITRE PREMIER EXÉCUTION DES OBLIGATIONS

I. Principe.

Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est le principe qui domine toute la théorie des obligations. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Le créancier a droit à l'exécution effective, car c'est en vue de cette exécution qu'il s'est soumis à la loi de la convention. Le débiteur ne peut s'y dérober, car le consentement mutuel est nécessaire pour révoquer la convention.

Dans l'exposé des motifs au Corps législatif, Bigot-Préameneu, après avoir déclaré que le principe qui sert de base à la partie du Code civil relative à l'effet des obligations se trouvait dans les articles 1134 et 1135, ajoutait : « Il n'est aucune espèce d'obligation, soit de donner, soit de faire ou de ne pas faire qui ne repose sur ces règles fondamentales¹. »

En principe, toute obligation doit être exécutée en

¹ Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 229.

nature; c'est à cette exécution que peut prétendre le créancier, c'est à cette exécution que le débiteur doit se soumettre. Comment la réalisation d'un droit pourrait-elle avoir un objet autre que lui et la sanction d'une obligation tendre à un but autre que son exécution?

Le principe posé, il faut en faire l'application. Si la sanction de l'obligation est l'exécution en nature il faut pouvoir l'obtenir. Voyons si dans cette mise en pratique le principe de l'exécution ne subit pas, sinon des exceptions, tout au moins des limitations.

Supposons que le débiteur d'un corps certain ait caché ce corps certain. Il est évident que l'obligation dont il est tenu n'aura d'autre sanction que la condamnation à un équivalent. Dans les obligations de faire les cas de limitation au principe de l'exécution en nature apparaissent beaucoup plus nombreux que dans les obligations de donner. A la lecture de l'article 1142 on pourrait croire que pour les premières la règle est renversée. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire, dit cet article, se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Toutefois il ne faudrait pas prendre cette formule à la lettre, les articles 1143 et 1144 nous le prouvent bien.

Pour comprendre l'article 1142, il faut l'étudier dans son origine rationnelle et historique. Il n'est autre chose que la traduction dans la forme positive de l'adage formulé sous la forme négative à la fin du xvi^e siècle par le Président Antoine Favre : « *Nemo proecise cogi potest ad factum.* » Les motifs qu'il donnait de cette maxime nous indiquent exactement quelle en était la portée. Il ajoutait en effet : « *Quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit præstatio ejus*

quod interest. » On ne peut obtenir l'exécution forcée d'une obligation de faire sans avoir recours à la violence et c'est pourquoi l'obligation se résout en dommages et intérêts. Une tradition conforme à cette opinion s'établit rapidement, qui avant d'être sanctionnée par le code civil, fut suivie par Pothier : « La maxime *nemo potest cogi ad factum* n'a d'application, dit-il, que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur *merum factum* : comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi à me copier mes cahiers ou à me faire un fossé ; il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui et que son obligation, au cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages et intérêts¹. » Une première restriction est apportée à la généralité de la règle. Celle-ci ne s'applique qu'à l'obligation ayant pour objet un acte personnel du débiteur. Certaines obligations de faire peuvent donc aboutir à une condamnation *ad ipsam rem*, à une exécution forcée, et Pothier sépare nettement sous ce rapport les obligations de ne pas faire de celles de faire. « Si ce que le débiteur s'était obligé à ne pas faire et ce qu'il a fait au préjudice de son obligation est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut conclure contre son débiteur à la destruction². » Bien plus, pour appliquer la maxime *nemo...* on exige non seulement que l'obligation ait pour objet un acte personnel du débiteur, mais que cet acte soit un acte externe. Les obligations qui tendent à une manifestation de volonté interne comme l'accomplissement d'un acte juridique seront donc sus-

¹ *Traité de la vente*, § 68, t. III, p. 30.

² *Traité des obligations*, § 158.

ceptibles d'exécution directe malgré la mauvaise volonté du débiteur. A propos de la promesse de vente, Pothier nous donne une seconde formule qui complète la première, il exige avec le caractère de fait personnel celui de fait extérieur et corporel. « La règle *nemo...*, dit-il, et celle que les obligations *quæ in faciendi consistunt* se résolvent nécessairement en dommages intérêts ne reçoivent d'application qu'à l'égard de faits extérieurs et corporels telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits, ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts, mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur, il peut se suppléer par un jugement¹. »

A l'époque de Pothier ce n'est donc pas à la totalité des obligations de faire qu'il faut appliquer l'ancien brocard, beaucoup d'entre elles sont susceptibles d'exécution forcée directe. Bien loin de se contenter toujours de dommages-intérêts, le créancier pourra souvent prétendre à une condamnation *ad rem*. Pour qu'une telle condamnation soit impossible, il faut que le débiteur d'une obligation de faire soit tenu d'un acte personnel et externe, de l'un de ces faits auxquels le débiteur ne peut être précisément contraint sans qu'on attente à sa personne ou à sa liberté².

Les rédacteurs du Code civil, reprenant et traduisant la formule du président Favre, suivirent la théorie de Pothier. Les travaux préparatoires, en nous donnant le fondement rationnel de la règle établie par le Code civil, nous indiquent quelle en est la sphère d'application.

¹ *Traité de la vente*, § 479, t. III, p. 191.

² *Traité du contrat de louage*, § 66, t. IV, p. 29.

L'exécution forcée en nature n'est pas accordée pour les obligations de faire ou de ne pas faire, parce qu'il y aurait à cela impossibilité et immoralité. Impossibilité car, ainsi que le remarquait Pothier, on ne peut contraindre le débiteur à agir ; immoralité, parce que cette contrainte fût-elle possible léserait le débiteur dans sa liberté. « Le motif (de la règle de l'art. 1142), dit Bigot-Préaumeu, et que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats¹. » C'est donc le respect de la liberté qui a déterminé les rédacteurs du Code civil à formuler l'article 1142. Ils n'ont pas apporté à la règle de l'article 1134 une exception nette et précise pour les obligations de faire, ils ont simplement interdit les moyens de contrainte auxquels aurait abouti cette règle pour l'exécution de certaines de ces obligations. L'exécution forcée directe reste donc la règle et l'on pourra la poursuivre toutes les fois que, pour l'obtenir, il sera possible sans toucher à la personne de suppléer à l'exécution volontaire, soit en faisant exécuter l'acte par un tiers, soit, comme le prévoit Pothier, en substituant au consentement du débiteur un jugement. Elle ne sera plus permise quand, pour y procéder, il faudra exercer une contrainte sur la personne du débiteur. On ne doit donc pas s'en tenir aux termes même de l'article 1142. L'exécution directe reste la règle pour toute espèce d'obligation et si, à cet égard, quelques doutes subsistaient, les travaux préparatoires, en nous disant qu'« il n'est aucune espèce d'obligation soit de donner, soit de faire ou de ne pas

¹ Fenet, t. XIII, p. 232.

faire » qui ne repose sur les principes fondamentaux des articles 1134 et 1135, les feraient aisément disparaître. Sous ce rapport, il n'existe aucune différence entre les obligations de donner et celles de faire. Il est vrai que l'exécution forcée directe est plus facile pour les premières que pour les secondes, mais cela vient simplement de ce que dans les obligations de faire il faudrait avoir plus fréquemment recours à une contrainte sur la personne pour aboutir à cette exécution¹. Cela ne provient aucunement d'une différence de nature entre les deux espèces d'obligations mais d'une différence d'objet.

L'article 1142 n'est, du reste, pas à l'abri de toutes critiques. Son but est, en effet, de nous indiquer pour quelles obligations l'exécution forcée directe est impossible. Sa formule est beaucoup trop large, puisque son application est limitée à une partie seulement des obligations de faire. Tout le monde est, en effet, d'accord pour ne pas résoudre en dommages-intérêts un certain nombre d'entre elles. Il est si vrai que l'article 1142 est conçu en termes trop généraux que les rédacteurs du Code ont dû en restreindre immédiatement la portée. L'article 1143 décide que le créancier d'une obligation de ne pas faire a le droit de demander la destruction de ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, qu'il peut même l'opérer aux dépens du débiteur. L'article 1144 permet aux créanciers de faire exécuter l'obligation. Pourquoi donc se servir d'une formule aussi générale « Toute obligation » pour y apporter de suite d'aussi importantes restrictions? Si donc, on voulait donner à la règle de l'article 1142 une formule plus exacte et plus

¹ V. Laurent, t. XVI, § 198.

précise on pourrait dire en s'inspirant des travaux préparatoires que toute obligation dont l'exécution forcée directe nécessite une contrainte sur la personne se résout en dommages et intérêts¹.

Si l'exécution en nature reste la règle pour toutes les obligations, l'action aura toujours le même objet que l'obligation et la condamnation devra assurer au créancier une prestation adéquate à celle qu'il aurait obtenue au cas d'exécution volontaire.

II. **Objet de la condamnation.**

Le débiteur n'exécute pas. Le créancier intente une action en justice, que peut-il demander ?

Un premier point est aujourd'hui certain : l'obligation de faire ou de ne pas faire n'est pas alternative. Elle n'a pas un double objet, le fait et l'abstention — ou les dommages et intérêts. L'obligation n'a qu'un objet unique, le fait ou l'abstention. Les termes mêmes de l'article 1142 nous le prouvent suffisamment. Si en effet, l'obligation se résout en dommages et intérêts, c'est bien qu'elle ne comprenait pas ces dommages. C'est par suite de l'inexécution que l'obligation se résout, c'est-à-dire se transforme en changeant d'objet. L'obligation de faire ou de ne pas faire n'est point davantage facultative. Elle n'a d'autre objet que le fait promis. Il est bien certain que le créancier a eu en vue le fait et l'abstention lorsqu'il a contracté et ce serait aller contre l'article 1134 que d'ad-

¹ Suivant MM. Aubry et Rau, il faudrait diviser les obligations de faire en deux groupes, suivant qu'elles portent sur des faits fongibles ou non fongibles. L'article 1142 ne serait écrit que pour celles-ci, t. IV, p. 36 et suiv.

mettre ce caractère facultatif¹. Le fait promis étant l'objet de l'obligation, le créancier doit demander l'exécution en nature, il ne pourrait *de plano* demander une condamnation à des dommages-intérêts. Il peut, évidemment, conclure à des dommages, mais à titre subsidiaire et pour le cas où le débiteur refuserait d'exécuter l'obligation et ne pourrait y être contraint.

Que peut offrir le débiteur? Le débiteur ne peut offrir que l'exécution de l'obligation. Les offres qu'il ferait d'une somme d'argent tant que la condamnation à des dommages-intérêts, au cas d'inexécution, n'est pas encourue par lui, ne sont pas satisfactoires, car le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû (art. 1243). Du reste, la créance à une somme d'argent est conditionnelle et les offres réelles, pour être valables, doivent être d'une somme exigible (art. 1258).

Que doit faire le juge? Le créancier ayant droit de réclamer l'exécution de ce qui lui est dû, le jugement doit tendre à lui procurer l'objet même de l'obligation. L'objet de l'action étant l'objet de l'obligation, l'objet de la condamnation sera donc le fait promis. Pour cela, il faut évidemment, qu'on ne se heurte pas à une impossibilité matérielle (je me suis obligé à conduire tel navire, le navire a péri). En vain dirait-on que dans les obligations, dont l'exécution forcée directe est impossible, la condamnation au fait promis est inefficace et qu'il est inutile de prononcer une condamnation qui ne peut être exécutée². Il n'en

¹ V. Meynial, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire (*Revue pratique de droit français*, 1884, t. LVI, pp. 428-430).

² C'est l'opinion de MM. Demolombe, Aubry et Rau.

est pas moins certain que la règle de l'exécution en nature domine toute la théorie des obligations et, au point de vue pratique, qu'une telle condamnation présente une utilité incontestable. Elle permet, en effet, au débiteur de se raviser, de revenir sur son refus et, pour ne pas encourir les dommages-intérêts, d'exécuter son obligation. Le juge, prévoyant que le débiteur persistera dans sa mauvaise volonté, pourra joindre à la condamnation principale une condamnation conditionnelle à des dommages-intérêts. Doit-il toujours le faire? un arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1812¹ semblait l'admettre, mais un arrêt plus récent du 22 février 1862² adopte la solution contraire et confirme un arrêt qui avait simplement déclaré que, faute d'exécution volontaire, « il serait fait droit ». L'objet principal de la condamnation sera donc l'objet de l'obligation ; les dommages-intérêts ne seront dans la condamnation qu'à titre subsidiaire et conditionnel pour le cas où l'exécution n'aurait pas lieu.

III. Exécution de la condamnation.

La condamnation étant prononcée, le créancier pour obtenir satisfaction peut être contraint de recourir à l'exécution forcée. C'est alors qu'il se heurtera à des impossibilités, en raison même de la nature des moyens d'exécution dont l'emploi serait nécessaire. S'il peut toujours agir sur les biens, il ne peut, en principe, agir sur la personne, il s'ensuit que, tantôt l'exécution forcée directe sera possible, tantôt sera impossible, et que, dans ce cas,

¹ S., 1813, I, 152.

² S., 62, I, 242. D., 62, I, 185.

le créancier sera réduit à se contenter d'une exécution par voie d'équivalents.

A. *Obligation dont l'objet est un bien existant.* — L'objet de l'obligation est un bien qui se trouve dans le patrimoine du débiteur : j'ai commandé un tableau à un peintre, le tableau est achevé. L'exécution de l'obligation se fera suivant le mode normal de l'exécution des obligations, par l'action sur les biens. J'ai droit à ce que ce tableau me soit livré et, si le débiteur s'y refuse, je peux l'obtenir par la force, car l'exécution n'est pas dirigée contre la personne. On écarte simplement le débiteur pour parvenir à la chose¹.

B. *Obligation dont l'objet est un acte fungible.*
Art. 1144. — L'exécution forcée directe pourra encore être obtenue par le créancier, bien que l'objet de l'obligation soit non plus un bien, mais un acte. Il en sera ainsi lorsque l'acte promis sera fungible, c'est-à-dire sera susceptible d'être accompli par un autre que le débiteur. C'est ce que nous dit l'article 1144 « le créancier peut aussi, au cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Cette disposition trouvera son application toutes les fois que l'obligation n'aura pas été contractée par le créancier en raison même de la personne du débiteur et de ses aptitudes particulières, ou « si, comme le disent les travaux préparatoires, on peut faire faire par un tiers ce que le débiteur aurait dû faire lui-même² ». Un manœuvre a

¹ V. Demolombe, t. XXIV, § 498, p. 502.

² Fenet, t. XIII, p. 232.

promis de me creuser un fossé, un loueur de voitures de me conduire dans telle localité, un propriétaire voisin a promis d'abattre les arbres qui sont sur son terrain et gênent ma vue ; au cas d'inexécution, je pourrais être autorisé à faire exécuter moi-même l'obligation à leurs dépens. M. Larombière¹, dans un système sur lequel nous n'avons pas insisté parce qu'il est aujourd'hui complètement abandonné et qu'il va à l'encontre de l'article 1144, soutient que dans toute obligation de faire ou de ne pas faire la condamnation ne peut porter que sur des dommages et intérêts et non sur l'objet de l'obligation. Il prétend que l'article 1134 nous fournit précisément un exemple de l'exécution par équivalents. Cela est vrai vis-à-vis du débiteur qui fournit la prestation non pas de son fait mais d'un équivalent. Vis-à-vis du créancier, il en est autrement. Celui-ci obtient l'exécution en nature. Or, comme on l'a remarqué « l'exécution directe est caractérisée par la satisfaction exacte du créancier² ». Bien plus, dans certains cas, il y aurait même à l'égard du débiteur exécution forcée directe : si, par exemple, dans l'une des espèces prévues, le propriétaire voisin refuse d'abattre ses arbres et que je ne me contente pas d'une exécution par équivalent, je me ferai autoriser à pénétrer sur son fonds et à abattre les arbres.

C. *Obligation de ne pas faire*. Art. 1143. — Un débiteur était tenu de ne pas faire, il a contrevenu à son engagement. Le créancier a le droit de poursuivre l'exécution directe de l'obligation et de demander que ce qui aurait

¹ Larombière, *Obligations*, t. I, pp. 508 et suiv.

² Meynial, *op. cit.*, p. 435.

été fait soit détruit. Toutes les fois que le juge en ordonnant la destruction pourra procurer l'exécution de l'obligation il sera, si on le lui demande, tenu de l'ordonner. Cela résulte des termes de l'article 1143: « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit.... ». Si tout le monde est d'accord pour reconnaître en raison même de la formule de cet article, que le créancier est en droit d'obtenir du juge la destruction toutes les fois qu'il la demande et qu'elle est possible, plusieurs auteurs invoquant la formule différente de l'article 1144 ont soutenu que, pour faire exécuter l'obligation au cas d'inexécution, le créancier était moins bien armé que pour faire détruire et que c'était pour le juge une pure faculté de l'autoriser ou non. Pour les obligations de ne pas faire, le juge aurait le devoir d'autoriser l'exécution directe (art. 1143); pour les obligations de faire, le juge aurait la liberté de ne pas l'autoriser (art. 1144¹).

Nous croyons qu'il ne faut établir sous ce rapport aucune différence entre les obligations de faire et celles de ne pas faire. Les conventions sont la loi des parties, l'exécution en nature est la règle générale qui domine toute la théorie des obligations. Le but des articles 1143 et 1144, en restreignant la portée de l'article 1142, est précisément de ramener à la règle commune toutes celles des obligations de faire ou de ne pas faire qui en sont susceptibles. La différence de rédaction des articles 1143 et 1144 n'impose pas cette distinction contraire aux principes généraux. Le mot

¹ Aubry et Rau, t. IV, p. 38 et suiv. Meynial, p. 437-438. La jurisprudence semble avoir adopté cette théorie. Cass., 20 décembre 1820. S., 21, I, 428. — Cass., 19 mars 1855. S., 55, I, 648. D., 55, I, 297.

« aussi » employé par le second de ces articles n'indiquait-il pas qu'il est rédigé dans le même esprit que le premier ? Enfin, les travaux préparatoires nous montrent que les rédacteurs du Code n'ont pas eu l'intention de mettre en opposition les termes employés « le créancier a le droit... le créancier peut... ». Dans le rapport de Favard au Tribunat nous lisons en effet : « Il a fallu laisser au créancier le droit de faire détruire aux dépens du débiteur ce qu'il a fait... Il a fallu aussi par la même raison laisser au créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ¹. » Le rapport de Bigot-Preameneu au Corps législatif ne fait aucune différence entre les deux sortes d'obligations ². Bien plus, comme le remarque M. Demolombe, si une distinction devait être faite, il faudrait la faire dans le sens inverse, le Code étant opposé à faire détruire ce qui a été fait même sans droit (art. 554, 555 ³). Toutes les fois donc que l'exécution forcée directe est possible, c'est un devoir pour le juge de l'ordonner, lorsque le créancier le lui demande, qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou d'une obligation de ne pas faire.

D. *Promesses d'accomplir un acte juridique.* — Une promesse d'exécuter un acte juridique est consentie. Le débiteur refuse d'accomplir l'acte promis. Comment le créancier pourra-t-il obtenir la satisfaction qui lui est due ? Nous avons déjà vu que, d'après Pothier, l'acte pouvait se suppléer par un jugement qui valait pour

¹ Locré, t. XII, p. 433.

² Fenet, t. XIII, p. 232.

³ Demolombe, t. XXIV, § 505. Dans le même sens, Laurent, t. XVI, § 199.

contrat. Depuis longtemps l'ancienne jurisprudence admettait cette solution pour les promesses de vente. Il semble, comme pour l'action sur les biens, qu'il soit permis d'écarter la personne du débiteur et que, sans tenir compte de son refus actuel, on puisse ne prendre en considération que son consentement antérieur. Pour la promesse unilatérale de vente, il n'y a aucune difficulté ; de nombreux arrêts ont décidé que le jugement doit condamner le promettant à livrer la chose vendue comme si la vente avait été effectivement consentie¹. Pour la promesse de bail, la question semble devoir être résolue de la même manière que pour la promesse de vente, mais les documents de jurisprudence font presque défaut.

Quant à la promesse de céder ou d'acheter un office ministériel, la solution est très controversée. Pour la promesse d'achat, les arrêts déclarent qu'il serait immoral de contraindre une personne à exercer les fonctions de cet office et que l'on porterait atteinte à l'ordre public en créant un officier ministériel malgré lui². Le juge devrait donc se borner à fixer au promettant un délai et à prononcer une condamnation aux dommages-intérêts, pour le cas où il n'exécute pas sa promesse. Mais l'on a fait remarquer, à très juste titre, que le promettant ne sera pas contraint à exercer une fonction, puisqu'il pourra revendre ou démissionner et, en ce qui regarde l'ordre public, qu'il sera loisible au Gouvernement de refuser à son gré l'investiture³. Pour la promesse de vendre, on

¹ Amiens, 16 juin 1841, S., 44, II, 263. *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 117.

² Lyon, 5 juillet 1849, S., 50, II, 69. — 22 mars 1850, S., 50, II, 259. — Cass., 26 mai 1851, S., 51, I, 431.

³ Meynial, p. 405.

prétend que la garantie qui résulte du droit de présentation disparaîtrait, au cas où le titulaire serait contraint de vendre. Mais cette garantie est de peu d'importance, puisqu'il y a des cas où elle ne s'exerce pas (décès du titulaire) et qu'elle se produit toujours sous le contrôle de la Chambre des notaires et de la Chancellerie. Rien ne s'oppose donc à l'application des principes. Le jugement pourrait tenir lieu d'investiture ou de présentation. Cette solution fut tout d'abord adoptée par la jurisprudence¹. Mais attaquée, sous le prétexte que toute obligation de faire devait se résoudre en dommages-intérêts, elle fut abandonnée par les tribunaux qui adoptèrent la solution opposée. Le juge ne peut pas condamner aux dommages-intérêts en fixant un délai pour l'exécution²; qu'il s'agisse de promesse d'acheter ou de promesse de vendre, nous croyons que l'exécution forcée en nature étant possible doit être ordonnée par le juge.

Mais il est toute une catégorie d'actes juridiques qui exigent pour leur validité, non seulement la volonté du promettant, mais l'expression de sa volonté dans des formes déterminées, ce sont les actes solennels. La forme dans laquelle doivent se passer ces actes indique que la loi, leur attribue une certaine importance et qu'elle a voulu assurer une garantie, soit aux actes mêmes, soit aux parties contractantes. La question de savoir si la forme authentique de ces actes peut être suppléée par un jugement est, du reste, subordonnée à celle de savoir si de

¹ Bordeaux, 7 mai 1834, S., 35, II, 177.

² Lyon, 5 juillet 1849, S., 50, II, 69. — Cass., 26 mai 1851, S., 51, I, 431. — Agen, 6 janvier 1836, S., 36, II, 65. — Cambrai, 20 janvier 1838, S., 39, II, 77. — Nîmes, 22 mars 1887, S., 87, II, 142.

semblables promesses sont valables ; il est hors de doute, par exemple, qu'une promesse de mariage ne peut être considérée comme telle¹, que la promesse d'adoption serait également nulle et aussi la promesse sous-seing privé de reconnaître un enfant naturel ou de faire une donation (art. 931). Les formalités exigées par la loi ont, en effet, pour but de garantir la liberté du consentement.

Quelle sera la sanction d'une promesse de constituer hypothèque ? Si la promesse est faite par acte authentique, elle vaut hypothèque ; si elle est faite sous-seing privé, on reconnaît qu'elle est valable, le jugement pourra condamner à l'exécution² de la promesse. La formalité de l'acte notarié n'est donc pas exigée pour garantir la liberté du promettant, mais pour la publicité des constitutions de droit réel. Or, pour donner cette publicité, le jugement équivaut à un acte authentique, ne pourrait-il pas, après avoir condamné à l'exécution de la promesse de constituer hypothèque, déclarer qu'au cas de refus il en tiendra lieu lui-même ? Cela semble d'autant plus naturel que l'hypothèque peut être constituée, non pas seulement par un acte authentique, mais aussi par un jugement et même par un acte sous seing privé déposé chez un notaire, avec reconnaissance d'écriture et signature du débiteur. Donc, en matière de promesse d'hypothèque comme de promesse de vente ou de bail, le créancier pourra parvenir à l'exécution forcée directe³. Néanmoins, la jurisprudence, qui admet la condamnation à

¹ Cass., 11 juin 1838, S., 38, I, 492.

² Aubry et Rau, III, p. 275. Pau, 16 juillet 1852, S., 52, II, 417.
— Cass., 5 novembre 1860, S., 61, I, 858.

³ V. Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, p. 982.
— Meynial, *op. cit.*, p. 408.

l'exécution de la promesse de constituer hypothèque, n'autorise pas le juge à dire que le jugement tiendra lieu de cette constitution.

Si l'exécution forcée directe est possible dans tous les cas où elle ne nécessite pas une contrainte sur la personne — au moins en ce qui concerne les obligations conventionnelles — et qu'elle soit la règle qui domine toute la matière des obligations, il faut en conclure que l'exécution par équivalent n'aura lieu que dans les cas où il faudrait recourir à cette contrainte. C'est alors qu'il est permis de prendre dans toute sa généralité l'article 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts » ; l'équivalent consiste donc en une somme d'argent, les dommages-intérêts ayant toujours eu un caractère pécuniaire. De ce que les dommages-intérêts consistent en une somme d'argent, il résulte qu'ils ne peuvent être l'équivalent de ce qui n'est pas estimable pécuniairement. Leur rôle se borne à remplacer dans le patrimoine du créancier la valeur pécuniaire dont il a été privé. Comment, en effet, pourrait-on fixer l'équivalent d'une valeur d'affection qui varie avec les individus et aussi avec le temps ? L'article 1149, fondamental en la matière d'évaluation des dommages et intérêts, nous dit que les « dommages-intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé », il indique suffisamment par ces termes qu'il ne tient compte que du préjudice matériel¹. Puisque les dommages-intérêts sont pécuniaires et qu'ils sont un

¹ En sens contraire, V. Chausse, de l'Intérêt d'affection (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895, t. XXIV, pp. 436 449).

équivalent, il faut en conclure qu'ils ne doivent être que la réparation aussi exacte que possible du préjudice causé et qu'ils ne sont dus qu'à celui-là même qui subit ce préjudice. L'article 1149 indique quelle est la mesure des dommages : ils doivent comprendre le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. C'était déjà la définition de Pothier qu'il nous dit lui-même emprunter à Paul¹. Les dommages-intérêts sont restés dans notre droit civil français ce qu'ils étaient à Rome, à l'époque classique ; ils représentent le *quod interest*, l'évaluation de l'intérêt qu'aurait eu le créancier à ce que l'obligation soit exécutée.

IV. Obligations légales.

S'il est certain que l'exécution des obligations ne peut être poursuivie par une contrainte sur la personne, cela est vrai seulement des obligations civiles. Mais il est toute une catégorie d'obligations qui n'excluent pas ce mode d'action, ce sont les obligations légales. A leur exécution, la Société est directement intéressée. S'agit-il d'obligations pénales ou de l'obligation de prêter le service militaire, la contrainte sur la personne devient, dès que cela est nécessaire, le mode normal d'exécution. L'intérêt public prime l'intérêt privé et la liberté individuelle ne peut porter atteinte à la loi. Entre les obligations légales et les obligations purement civiles, il existe un certain nombre d'obligations mixtes, ce sont celles qui découlent des rapports de famille. Car, si elles trouvent leur origine et leur réglementation dans le droit

¹ Pothier, *Traité des obligations*, § 159.

civil, elles touchent à l'ordre public, la Société ne peut demeurer indifférente ni à leur exécution, ni à leur sanction.

L'enfant reste sous l'autorité de ses parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation (art. 372), il leur doit obéissance et il est tenu d'habiter la maison paternelle. S'il l'abandonne, le père pourra faire appel à la force publique pour le ramener *manu militari*¹. La contrainte personnelle n'a rien que de moral, puisqu'elle est exercée dans l'intérêt même de l'enfant. Les obligations du père trouveront leur sanction dans la déchéance de la puissance paternelle.

Quelle sera la sanction de l'article 214 qui oblige les époux au devoir de cohabitation? La majorité des auteurs autorise l'emploi d'une contrainte exercée *manu militari*² soit au profit du mari pour ramener sa femme au domicile conjugal, soit au profit de la femme pour se procurer l'entrée de l'habitation du mari. La jurisprudence n'autorise l'emploi de la force qu'au profit du mari³, mais elle se réserve le droit de remplacer cette autorisation par des moyens coercitifs comme la saisie des revenus de la femme⁴, la saisie de ses biens⁵ — ou par une condam-

¹ La pratique et les auteurs sont d'accord sur ce point. Demolombe, VI, p. 247. Aubry et Rau, VI, p. 78. Garsonnet, III, p. 455.

² Demolombe, IV, 128. Aubry et Rau, IV, 135. Garsonnet, III, 456. *Contra* Laurent, III, § 93.

³ Aix, 29 mars 1831, S., 33, II, 92. Paris, 31 mars 1855, S., 55, II, 497. Nîmes, 10 juin 1862, D., 63, II, 195. Colmar, 11 mars 1863, S., 63, II, 97.

⁴ Paris, 14 mars 1834, D., 34, II, 143. Caen, 14 août 1848, D., 50, II, 185. Paris, 27 janvier 1855, D., 55, II, 208. Nîmes, 20 février 1862, D., 63, II, 194.

⁵ Colmar, 10 juillet 1833, S., 34, I, 127.

nation à un équivalent¹. Il n'est cependant pas douteux qu'en cette matière l'exécution forcée directe ne soit une sanction inefficace. La jurisprudence, en effet, ne permet plus au mari, après la réintégration, d'enfermer la femme dans sa maison¹. Il sera donc impossible, si elle ne le veut pas, de la forcer à « habiter » avec son mari.

Mais un droit de famille peut être exercé, non seulement contre une personne qui y est soumise comme la femme et l'enfant, mais à l'encontre aussi d'une personne qui est étrangère à ce droit. L'exemple usuel que l'on en peut citer est le cas où un jugement condamne une personne à restituer les enfants quelle détient. Que cette personne soit un tiers ou un parent, la question reste la même, puisque la résistance à l'exercice du droit provient d'une personne qui ne participe pas à ce droit. L'obligation s'exécutera par la reprise de l'enfant, il y a là « une action en revendication² ». La personne investie du droit de garde ou de l'autorité paternelle pourra obtenir l'emploi de la force publique pour ramener l'enfant chez elle, elle parviendra donc à l'exécution forcée directe. Mais supposons que le tiers ou la personne ait emmené l'enfant à l'étranger et que l'exequatur ne soit pas accordé au jugement du Tribunal français, la personne investie de l'autorité paternelle restera-t-elle dans l'impossibilité d'obtenir une condamnation par voie d'équivalent? Nous verrons que les Tribunaux ne l'ont pas pensé et que la jurisprudence présente plusieurs exemples de pareilles condamnations.

¹ Aix, 23 mars 1840, S., 40, II, 474. — Cass., 26 juin 1878, S., 79, I, 176.

² C'est le mot employé par M. Demolombe, VI, p. 247.

Mais, qu'il s'agisse de la puissance paternelle et de la garde des enfants indûment retenus, ou de la puissance maritale et des devoirs de la femme de cohabiter avec le mari, la légitimité d'une condamnation à des dommages-intérêts, fondés sur l'article 1142, est loin d'être établie¹. Comme l'ont fait remarquer la plupart des auteurs, l'obligation dont il est ici question, correspond à un droit de puissance et non pas à un droit de créance, or, les droits de puissance sont aussi bien des charges que des privilèges. En outre, les dommages-intérêts ne sont pas un équivalent de l'exécution en nature, ils ne sauraient d'avantage représenter la réparation d'un préjudice appréciable en argent, d'un *lucrum cessans* et d'un *damnum emergens*. Il semble qu'on ne pourrait pas plus soutenir, que le père dont l'enfant a quitté le domicile, a le droit de réclamer à son fils des dommages-intérêts qu'on ne pourrait prétendre pour les époux « régir leur association, essentiellement morale par les dispositions du livre III du Code civil sur les dommages-intérêts qui sont, en général, dus pour la perte matérielle que fait un contractant ou pour le gain matériel dont il a été privé² ».

V. De la contrainte indirecte et de la peine civile.

Nous avons étudié la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire et nous avons vu que si l'exécution en

¹ Il en serait tout autrement d'une condamnation à des dommages et intérêts prononcés en vertu de l'article 1382. V. un arrêt Cass, 10 juin 1879, D., 80, I, 418.

² Colmar, 10 juillet 1833, S., 34, V, 127. V. en ce sens Laurent, t. III, n° 92, t. XVI, n° 281. — Aubry et Rau, t. V, p. 155, note 1. — Garsonnet, t. III, p. 458

nature était la règle générale, le créancier, néanmoins, ne pouvait toujours y parvenir.

Nous avons constaté que plus fréquemment dans les obligations de faire que dans celles de donner on se heurtait à cette impossibilité d'exécution. Toute une catégorie d'obligations de faire, celles prévues par l'article 1142, échappent, en effet, à l'exécution forcée en raison même des moyens de contrainte sur la personne qu'il serait nécessaire d'employer pour y parvenir. Cette contrainte, le Code civil suivant en cela la tradition de notre ancien droit la prohibe expressément. Il est ainsi fait échec au principe que les conventions sont la loi des parties et que le créancier, en vertu de cette loi, a droit à la prestation qui fait l'objet même du contrat. D'autre part, il est toute une série d'obligations dans lesquelles l'exécution forcée, quoique licite, est inefficace. Elle est, en effet, impuissante à obtenir de la femme la cohabitation avec son mari, comme elle est parfois impuissante à obtenir la remise d'enfants à celui qui en a la garde. Enfin, dans les obligations qui ne sont pas soumises à l'article 1142, pourquoi forcer le créancier à recourir nécessairement, soit à une exécution forcée, soit à une exécution par voie d'équivalents, la condamnation à un équivalent peut très bien ne pas le satisfaire et, en dehors de l'exécution forcée, n'y aurait-il pas un moyen pour aboutir à l'exécution en nature par une contrainte indirecte sur les biens du débiteur. Car enfin, c'est à cette exécution que tend toute théorie des obligations. L'évolution du droit romain a substitué à la condamnation pécuniaire la condamnation *ad rem*, et si au début, dans notre ancien droit français, la classification des obligations de faire et de donner équivalait exactement à celle

en obligations susceptibles ou non d'exécution forcée ¹ au XVIII^e siècle les obligations de faire non susceptibles d'exécution forcée étaient, nous l'avons vu par les citations de Pothier, singulièrement réduites. L'exécution en nature étant la règle et le but, il est permis de se demander si une contrainte indirecte sur les biens, une menace pécuniaire peuvent se justifier théoriquement. Il est certain, quoiqu'on en ait dit, que cette contrainte ne présente rien d'immoral ², la personne du débiteur demeurant à l'abri de toute violence et sa volonté étant liée déjà par l'obligation dont il est tenu. D'autre part, il est difficile de soutenir ³ qu'exercer une contrainte indirecte serait violer l'article 1142, cette contrainte n'étant exercée que pour respecter cet article et en raison de la prohibition d'une contrainte directe. Il ne faut pas, du reste, oublier que l'article 1142 est une limitation à la règle de l'exécution en nature, qu'il doit être, par conséquent, interprété restrictivement et que les travaux préparatoires ne semblent avoir prohibé que la contrainte sur la personne et non la contrainte sur les biens. La critique serait facilement évitée si la contrainte indirecte restait inapplicable aux obligations d'un fait personnel ⁴. Car enfin, si l'action sur les biens est autorisée quand il s'agit de procurer directement l'exécution d'une obligation, pourquoi ne le serait-elle pour la procurer indirectement? Ne pourrait-on pas aller plus avant et se poser la question de savoir

¹ Quando est in obligatione rem dari, quis præcise compellitur... in obligatione autem facti quis non præcise compellitur, sed liberatur solvendo interesse. Bartole sur la loi 1. De act. empti. Dig.

² Garsonnet, t. III, p. 450.

³ Aubry et Rau, t. IV, p. 40.

⁴ Nous verrons que la jurisprudence est en ce sens,

si en pure théorie il serait possible de sanctionner l'inexécution par une peine pécuniaire? Il est certain que le créancier a droit à l'exécution d'une obligation librement consentie par le débiteur et que, d'autre part, l'exécution des conventions touche non seulement à l'intérêt privé des parties, mais aussi, en une certaine manière, à l'intérêt social. En se déroband à sa dette le débiteur commet une faute, un délit civil. Pourquoi ne pas prévenir cette faute par la menace d'un châtement, ne pas la réprimer par une peine? Pourquoi ne pas permettre à la loi ce que l'on permet aux parties contractantes lorsqu'elles stipulent une clause pénale, et pour quelle raison la loi ne suppléerait-elle pas à leur volonté? N'était ce pas l'idée romaine qui considérait l'inexécution comme un délit privé et frappait ce délit d'une peine pécuniaire. Et si l'on trouvait une objection dans la difficulté certaine de déterminer la peine proportionnellement au tort causé, il serait facile de répondre que le débiteur ne la subit que par sa mauvaise volonté et qu'il reste toujours libre d'y échapper en exécutant volontairement.

Nous nous sommes placés pour étudier la possibilité d'une contrainte indirecte ou d'une peine civile à un point de vue purement rationnel. Le Code civil, en effet, n'a organisé ni l'une ni l'autre. Toute sa théorie en matière d'exécution des obligations s'arrête à l'exécution forcée directe et, au cas d'impossibilité à l'exécution par équivalents. Il nous reste à étudier comment la jurisprudence, en interprétant certaines dispositions de ce Code, a organisé tout un système nouveau de contrainte indirecte pour aboutir à l'exécution en nature : le système des astreintes.

CHAPITRE II

ANTÉCÉDENTS DE LA THÉORIE DES ASTREINTES

Le système des astreintes consiste, pour aboutir à l'exécution en nature d'une obligation de faire, à exercer sur le débiteur une contrainte indirecte, au moyen de condamnations par jour de retard à des dommages-intérêts exagérés, qui seront une menace pour ce débiteur, et deviendront une peine au cas où il aggraverait son tort en persistant dans le refus d'exécution.

Il est bien évident qu'un pareil système transformait la notion des dommages-intérêts à un tel point qu'il ne pouvait apparaître d'une manière spontanée. Certaines pratiques de la jurisprudence devaient auparavant le préparer, en rendre l'apparition logiquement possible. Il fallait que les notions qui en forment les éléments eussent apparu une à une avant d'être groupées ensemble pour former un système nouveau. Avant que l'édifice fût construit, il fallait que les matériaux en fussent réunis. Ce sont ces pratiques de la jurisprudence, ces éléments du système des astreintes qu'il est tout d'abord nécessaire d'indiquer.

I. Condamnation *in futurum* par chaque jour de retard.

Le débiteur est condamné au paiement des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du

retard dans l'exécution (art. 1147). Prenons cette dernière hypothèse. Le débiteur ne refuse pas d'exécuter, mais il tarde à le faire. Le juge peut prononcer des dommages-intérêts par jour de retard, puis fixer un délai pour l'exécution en déclarant que, passé ce délai, il sera fait droit. Ces dommages-intérêts par jour de retard sont considérés comme licites¹ à condition, bien entendu, qu'ils correspondent au préjudice que le créancier subira, et que le cours des dommages soit limité à un temps déterminé à l'expiration duquel le juge statuera définitivement².

Nous ne voudrions pas nous élever contre cette pratique sanctionnée par une longue et invariable jurisprudence, approuvée par la doctrine; cependant, il n'est pas sans intérêt de remarquer que, pour toute condamnation prononcée *in futurum*, le préjudice demeure nécessairement éventuel, qu'il ne correspond pas encore pour le créancier à la perte qu'il a faite et au gain dont il a été privé, et que, suivant les expressions mêmes de l'un des auteurs qui approuvent cette pratique, le dommage est arbitré « comme par forfait³ ». C'est avouer que le calcul pourra fort bien ne pas être exact par suite des circonstances postérieures, qu'il pourra être inférieur ou supérieur à l'estimation du juge, peut-être même ne pas

¹ Demolombe, t. XXIV, § 496. Aubry et Rau, t. IV, p. 41. Garsonnet, t. III, p. 453. Laurent, t. XVI, § 299, 300. Cass., 26 juillet 1854, S., 55, I, 33. D., 54, I, 297; 4 avril 1865, S., 65, I, 257. D., 65, I, 387; 17 avril 1872, S., 72, I, 76. V. Pothier, Traité des obligations, § 146.

² Demolombe, XXIV, § 496-497. Aubry et Rau, IV, p. 43. Garsonnet, III, p. 453. Metz, 19 juillet 1818, D., 25. I., 141. S., 25, I. 166.

³ Garsonnet, t. III, p. 542.

exister. Le droit futur éventuel¹ aux dommages ne sera pas réalisé ou sa réalisation n'aura été qu'imparfaite. On ne peut nier que cette faculté pour le juge de prononcer en cas de retard une condamnation *in futurum* à des dommages intérêts n'ait contribué pour une large part à la mise en pratique des jugements comminatoires. Cela serait difficile si on remarque que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1824, qui est le point de départ de la théorie des astreintes, a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui, ayant déclaré que le retard ne provenait que pour partie du fait du débiteur, réduisit la somme des dommages-intérêts prononcée par jour de retard. L'arrêt cependant avait été rendu en 1821, c'est-à-dire à une époque où les dommages-intérêts n'étaient pas prononcés à titre de contrainte mais de réparation. Le premier juge statuant sur un retard futur avait à son insu, et sans qu'on pût lui en faire de reproche, exagéré le taux des dommages, ce que ne fit pas le second juge qui statuait sur un retard passé et en toute connaissance de cause.

Si le débiteur n'exécute pas, il est vrai que les dommages par jour de retard pourront se compenser avec les dommages-intérêts compensatoires fixés d'une manière certaine ; mais, si le débiteur exécute tardivement, il n'en sera pas moins tenu aux dommages-intérêts moratoires qui, eux, auront été fixés sans que le juge ait pu avoir des éléments certains et définitifs d'appréciation. On doit bien avouer qu'en matière de réparation de préjudice, il est permis de prétendre à autre chose qu'à un forfait².

¹ Demolombe appelle ainsi le droit du créancier au cas de retard, § 496.

² M. Meynial soutient qu'une double condition est apposée aux jugements condamnant à des dommages-intérêts par jour de retard :

II. Jugements comminatoires. — Délais de grâce.

Les jugements comminatoires tirent leur caractère particulier de ce qu'ils renferment une condamnation prononcée à titre provisoire ou présomptif, à titre de menace. Ils ordonnent de faire dans un certain délai et, à cet ordre, ils apportent une sanction révocable et qui ne sera pas encourue par le débiteur de l'obligation s'il se conforme à l'ordre donné par le jugement. Déjà, dans l'ancien droit, il existait des jugements comminatoires, et des pratiques de la jurisprudence au ^{xix}^e siècle, on rapproche généralement les « liefs de comminatoire » du Parlement de Bretagne. Ce parlement, à défaut de production de pièces, à défaut par le demandeur de la justification de ses prétentions, rejetait la demande en l'état et quant à présent. Tant que la prescription n'était pas accomplie, les parties pouvaient renouveler leur demande, le premier jugement était réputé non avenu, et, si telle pièce était produite, telle preuve faite, le demandeur pouvait obtenir une nouvelle décision.

Cette jurisprudence était si bien établie qu'elle fut, à plusieurs reprises, au début du siècle, adoptée par la Cour de Rennes ¹.

1^o S'il y a retard ; 2^o s'il y a faute la plus grave. Un second jugement devient alors possible pour statuer sur le retard passé tout en tenant compte des efforts faits par le débiteur pour exécuter. Il n'y a pas alors revision du premier jugement, puisque ce jugement est inexistant par suite de la condition apposée. C'est donc bien avouer, ce qui ne peut être mis en doute, que le jugement peut constituer pour partie un mal jugé précisément parce que le juge ne pouvait définitivement apprécier le préjudice. Voir l'exposé et la critique de cette théorie, p. 99.

¹ Rennes, 5 février 1802, 26 février 1816. D. Rép. V^o chose jugée, n^o 381.

Violemment attaquée par le procureur général Merlin, elle fut condamnée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Mais l'on verra qu'entre ces juges comminatoires de l'ancienne jurisprudence et ceux de la jurisprudence du xix^e siècle, il n'existe qu'un caractère commun : le caractère résoluble de la condamnation. Des arrêts, qui datent du début du siècle, nous montrent que des jugements comminatoires furent rendus en des matières d'ordre différent. C'est ainsi qu'il fut jugé que le jugement, qui condamne l'héritier à délaisser à son cohéritier une part des biens de la succession et, au cas où il justifierait dans les trois jours de quelque disposition valable, le condamne à payer un supplément de légitime ne fixe qu'un délai comminatoire et que l'héritier peut toujours faire cette production (Cass. 21 juin 1809) ; que le délai de huitaine accordé par le jugement passé en force de chose jugée à un tiers saisi pour faire sa déclaration affirmative a pu n'être déclaré que comminatoire (Cassation, 22 janvier 1812). Il fut encore jugé qu'une condamnation, faute d'avoir rendu un compte, doit être rapportée aussitôt que le compte est signifié (Rennes, 20 janvier 1813), et aussi que le jugement qui accorde à une partie un délai pour apporter main levée d'une inscription hypothécaire grevant ses biens et qui déclare, que faute de le faire, le contrat se trouve d'ores et déjà résilié n'est que comminatoire en ce sens que, sur l'appel, il a pu être accordé un nouveau délai (Cass., 6 novembre 1822 ¹).

Il était d'autant plus curieux de relever cette pratique que, non seulement les arrêts nous montrent des exemples de jugements comminatoires, mais que ces jugements

¹ Pour ces quatre arrêts, V. D. Rép. V^e Chose jugée, n^o 386.

étaient précisément prononcés en matière d'obligations de faire.

En ces sortes d'obligations la jurisprudence généralisant les délais de grâce autorisés par l'article 1244 et l'article 1184 leur attribua le caractère comminatoire. Le débiteur pouvait échapper à la condamnation en exécutant en nature l'obligation mise à sa charge non seulement pendant les délais, mais aussi en exécutant postérieurement à l'expiration de ces délais¹. Si au premier aspect cette jurisprudence indique une tendance favorable au débiteur, elle n'en est pas moins favorable à l'exécution en nature, puisqu'elle l'autorise même après l'échéance du terme fixé.

Une fois admises, et la pratique de la fixation des dommages-intérêts pour l'avenir et par jour de retard, et la pratique des jugements comminatoires, le système des astreintes devenait possible; il suffisait pour en créer le principe fondamental de considérer comme comminatoire un jugement prononçant une condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard. L'arrêt qui le premier fit cela peut être considéré comme ayant fourni le point de départ de toute la théorie.

¹ Cass., 21 juin 1809, 22 janvier 1812, 6 novembre 1822. V. D., Rép. V^o Chose jugée, n^o 386.

CHAPITRE III

ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DES ASTREINTES

1. Arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1824¹.

DOMMAGES ET INTÉRÊTS COMMINATOIRES

Un arrêt de la Cour de Paris du 7 avril 1821 avait condamné le sieur D... à remettre des pièces à la dame H..., faute de le faire avait prononcé contre lui une condamnation de 10 francs par chaque jour de retard. D... prétendit que la plus grande partie du retard était le fait de la dame H... La Cour de Paris eut à juger quel était le préjudice subi par celle-ci, et trouvant ce préjudice inférieur à la somme des dommages-intérêts, réduisit ces dommages par un arrêt du 25 juin 1823. Qu'avait fait l'arrêt du 7 avril 1821 ? Ayant à se prononcer entre deux plaideurs dont l'un demandait la remise de pièces indûment détenues par l'autre ou tout au moins réclamait la réparation du préjudice qui lui était causé, l'arrêt avait fait droit aux conclusions du demandeur. Il avait condamné le défendeur à effectuer la remise, puis, prévoyant l'inexécution, avait prononcé une condamnation à des dommages-intérêts. Au lieu de fixer ceux-ci en bloc, il les avait fixés par jour de retard comme la jurisprudence et la doctrine

¹ S., 1824, I, 604. D., 25, I, 141.

lui en donnaient le droit. Ces dommages étaient donc l'équivalent de l'exécution, ils correspondaient au préjudice que le demandeur devait éprouver. Or, il s'est trouvé qu'en fait ils étaient supérieurs au préjudice causé, le débiteur, lorsque le paiement lui en a été réclamé, l'a fait remarquer aux juges. Ceux-ci n'ont pas invoqué l'autorité de la chose jugée, ils n'ont pas dit que la justice avait déjà tranché la question soulevée et que la solution donnée devait être regardée comme l'expression de la vérité légale, mais poussés par un sentiment d'équité ils ont réduit la somme des dommages et en ont fait l'équivalent du préjudice réel. Leur décision soumise à la Cour de Cassation a été validée en ces termes : « Attendu que la condamnation de 10 francs par chaque jour de retard dans la remise des pièces prononcées contre D... par l'arrêt du 7 avril 1821 n'est essentiellement que présumptive et comminatoire; que lors de l'arrêt du 26 juin 1823... D... ayant posé en fait que la plus grande partie du retard était du fait de la dame H..., que d'après les faits et circonstances du procès dont elle est seule juge, la Cour a donc pu, sans violer l'autorité de la chose jugée, réduire la somme demandée par la dame H... à raison de ce retard. Rejette... » La Cour de cassation créait ainsi une présomption. Dorénavant, lorsque des dommages et intérêts auront été fixés par chaque jour de retard dans l'exécution d'une obligation, la condamnation ne sera pas regardée comme ayant été prononcée à titre définitif, mais à titre comminatoire. Celui qui est tenu à ces dommages pourra donc en demander la réduction et, le cas échéant, cette réduction pourra lui être accordée sans qu'il y ait aucune violation de la chose jugée. Du délai de grâce le caractère comminatoire ou provisoire passait

ainsi aux dommages-intérêts. Le principe du système des astreintes était posé, les conséquences ne devaient pas tarder à en être formulées.

II. Arrêt de la Cour de Cassation du 10 juillet 1832 ¹.

EXAGÉRATION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Du moment, en effet, que la condamnation à des dommages et intérêts est simplement comminatoire, l'équité n'oblige plus le juge à en faire l'équivalent exact du préjudice. Auparavant, quand il fixait le taux des dommages-intérêts, il savait que ce taux était définitif, et que, par le jeu du principe de l'autorité de la chose jugée, sa sentence devait devenir l'expression immuable de la vérité légale. Il devait par cela même apporter à cette fixation le soin le plus scrupuleux. Mais depuis l'arrêt de 1824, de pareils scrupules n'ont plus leur raison d'être. Ultérieurement, s'il y a lieu, les dommages seront réduits et ramenés à l'équivalent du préjudice subi. Et puisque le but de l'obligation est l'exécution en nature, pourquoi ne pas faire de ces dommages un moyen de contrainte pour amener le débiteur à cette exécution ? Rien ne s'y oppose. Il suffira pour cela d'exagérer leur chiffre. Quel sera l'inconvénient ? Il n'y en aura pas, puisqu'il sera procédé plus tard à la revision du jugement. Quel sera l'avantage ? Il sera très considérable, car le débiteur effrayé par le taux des dommages se hâtera d'exécuter.

L'élément essentiel du système est trouvé, il se maintiendra à travers le cours de toute l'évolution ; les astreintes resteront des dommages-intérêts exagérés. Aussi bien

¹ D. Rép. V^o Chose jugée, n^o 388.

le débiteur est en faute de ne pas exécuter, à cette faute doit correspondre une peine fixée par le juge. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1832 rejetant un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 24 août 1830, considère, en effet, la condamnation à des dommages-intérêts comme une *disposition pénale* prononcée à *titre de contrainte*, et, par cela même, reconnaît que ces dommages étaient exagérés en même temps que comminatoires. Il s'agissait, en l'espèce, d'une condamnation à une somme de 200.000 francs prononcée pour le cas où des biens possédés en vertu d'une vente annulée ne seraient pas remis au propriétaire dans la quinzaine de la signification. Une opposition ayant été formée au paiement d'une somme considérable due au débiteur, celui-ci avait offert les biens en nature. Le Tribunal de la Seine avait écarté l'offre, parce qu'il y avait chose jugée. La Cour de Paris infirma le jugement. « Attendu que cette *disposition pénale* prononcée comme *voie de contrainte* doit disparaître par la restitution des biens qui forme l'obligation principale... » La Cour de cassation adopta les termes mêmes de l'arrêt : « Attendu qu'en décidant que cette *disposition pénale* prononcée comme *voie de contrainte* devait disparaître par la restitution des biens... la Cour de Paris, loin de violer l'autorité de la chose jugée, n'a fait que fixer le sens du jugement du 24 décembre 1821... » Toutefois, il faut bien reconnaître que l'idée de peine est encore à l'état latent et presque inconscient. Ni dans l'arrêt de 1824, ni même dans celui de 1832, on ne peut dire qu'il y ait une peine prononcée. Bien au contraire, les juges semblent surtout préoccupés du soin de fixer les dommages aussi exactement que possible. C'est ce qui les pousse dans le premier arrêt à en

réduire le chiffre et, dans le second, à les supprimer. Il est vrai de dire qu'au début l'idée de réparation demeure inséparable de l'idée de dommages et intérêts et que la Cour de cassation notamment les associe toujours. Ce qui est bien certain, c'est que le taux des dommages est exagéré, que les dommages sont comminatoires et qu'ils sont prononcés comme une voie de contrainte¹. Et si l'on consulte les arrêts, on y trouve fréquemment répétés les mots de « contrainte », de « moyen coercitif ». Les dommages et intérêts sont devenus un moyen pour parvenir indirectement à l'exécution en nature par le débiteur et malgré son mauvais vouloir. Plus tard, la jurisprudence apportera à son système un développement logique en déclarant qu'il faut calculer les dommages eu égard « aux intérêts engagés² », à la résistance apportée par le débiteur³ et aux revenus de celui qui est tenu de l'obligation⁴. Car il est bien évident que la contrainte n'existera qu'autant qu'elle atteindra le débiteur; si donc on ne prenait pas en considération sa fortune, les dommages et intérêts pourraient être dérisoires et inefficaces. Il faut aussi mettre en ligne de compte un élément moral : la force de résistance du débiteur, puisqu'elle constitue l'obstacle qui empêche l'exécution en nature et qu'elle varie avec les individus. Enfin l'exécution de certaines obligations peut présenter pour la société un intérêt direct et considérable, il faudra

¹ Cass., 4 juin 1834, S., 35, I, 39. Cass., 22 novembre 1841, S., 42, I, 170. D., 42, I, 29-26 juillet 1854, S., 55, I, 33. D., 54, I, 297. — 9 janvier 1889, D., 91, I, 128.

² Cass., 25 mars 1857, S., 57, I, 267. D., 57, I, 213. — 8 juin 1896, Pand. franc., 97, I, 95.

³ Montpellier, 1^{er} avril 1862, D., 62, V, 112. S., 62, II, 335.

⁴ Paris, 7 août 1876, D., 78, II, 125.

donc la poursuivre avec plus d'énergie que si des intérêts particuliers seuls étaient en jeu. En 1862, la Cour de Montpellier pourra dire, en formulant la théorie véritable de l'astreinte, « que la fixation des dommages-intérêts à tant par jour de retard n'est pas une exacte appréciation du préjudice causé, mais bien plutôt un moyen de contrainte destiné à triompher de résistances obstinées et injustes ¹. »

III. Arrêt de la Cour de Douai du 5 décembre 1849².

DOMMAGES ET INTÉRÊTS A TITRE DE PEINE

La théorie des astreintes était encore trop proche de son origine pour n'en pas porter les traces. Le caractère comminatoire, emprunté au délai de grâce et qui permettait au débiteur jouissant du bénéfice de ce délai d'exécuter même après son échéance, tendait au même but lorsqu'il était attribué aux dommages-intérêts, ceux-ci, en effet, disparaissaient en tout ou en partie par le fait de l'exécution. De même que le débiteur pouvait sans crainte voir s'achever le délai de grâce, de même il pouvait, l'âme tranquille, laisser s'accumuler les dommages-intérêts. Il savait bien qu'il n'en paierait pas la totalité et que le juge, les ramenant à l'estimation du préjudice, en réduirait le chiffre. Leur exagération devenait inefficace. Déjà, dans l'arrêt de cassation du 10 juillet 1832, les mots de « disposition pénale » avaient été prononcés, mais le sens de ces expressions était demeuré obscur,

¹ Arrêt du 1^{er} avril 1862.

² D., 50, II, 65.

puisque aucune peine n'était encourue, et il est à remarquer que si, employant ces mots, la Cour de cassation avait adopté les termes de l'arrêt attaqué, elle ne fit pas de même en 1834¹. Appelée à statuer sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 29 février 1832 et, tout en rejetant le pourvoi, elle évite de se servir des termes de « disposition pénale » et « clause pénale » employés par la Cour de Toulouse. Néanmoins, ni à l'arrêt de cassation du 10 juillet 1832, ni à celui de la Cour de Toulouse il n'est permis d'attacher une trop grande importance, car tous deux semblent confondre l'idée de contrainte avec celle de clause ou disposition pénale². L'arrêt de la Cour de Douai du 5 décembre 1849 nous montre le premier d'une manière très nette l'exemple d'une condamnation et des dommages-intérêts prononcés à titre de peine. Un jugement du Tribunal de Dunkerque, du 4 décembre 1843, avait fait défense à un sieur T... de se servir d'un terrain dont il n'était pas propriétaire, l'avait condamné à 100 francs de dommages-intérêts pour en avoir usé et, statuant pour l'avenir, avait prononcé une condamnation de 5 francs par jour en cas d'inexécution. Le Préfet du Nord intervint par une tierce opposition; le 30 août 1845, un second jugement déclara que la condamnation de 5 francs par jour de retard ne courrait que jusqu'à la tierce opposition et condamna T... à 500 francs de dommages-intérêts.

¹ Cass., 4 juin 1834. S., 35, I, 39.

² On pourrait encore citer un arrêt de la Cour de Paris qui parle de sanction pénale, mais cet arrêt est moins caractéristique que celui de la Cour de Douai, en ce sens qu'il est moins net et aussi qu'il confirme un jugement du Tribunal de la Seine en adoptant ses motifs. Paris, 17 août 1848. S., 48, II, 608.

Appel devant la Cour de Douai qui statue en ces termes : « Attendu que, sur l'appel de ce jugement, G... ne prétend pas que cette somme de 500 francs soit insuffisante pour réparer le préjudice qui lui a été causé par l'Etat durant l'instance, qu'il se plaint seulement de la disposition qui a décidé vis-à-vis des héritiers T... que la peine de 5 francs avait cessé de courir à compter du jour de la tierce opposition..., et qu'il prétend que le Tribunal de Dunkerque, en décidant ainsi qu'il l'a fait, a porté atteinte à l'autorité de la chose jugée, mais que cette prétention n'est pas fondée ; qu'en effet la disposition d'un jugement qui *punit pour l'avenir d'une peine l'infraction à une prohibition qu'il prononce* n'a ni le caractère ni les effets d'une condamnation définitive et irrévocable ; — que le juge qui a fait la défense peut être appelé à examiner s'il y a eu ou non désobéissance à ses ordres, et décider, sans porter atteinte à la chose jugée, que le cas prévu ne s'étant pas réalisé, *la peine n'est pas encourue...* » Les dommages et intérêts par jour de retard ne servent plus à réparer le préjudice, ils ne sont plus uniquement un moyen de contrainte pour amener le débiteur à l'exécution en nature, ils servent à punir celui qui n'exécute pas. Comme elle doit correspondre à la gravité de la faute, la peine sera supprimée ou diminuée s'il est démontré que le débiteur n'est pas coupable ou que le retard et l'inexécution ne lui sont imputables que pour partie. Le juge a statué en vue d'une faute future, si celle-ci ne se produit pas la peine ne sera pas encourue, car elle est comminatoire. Il devra donc la proportionner à l'obstination et à la résistance passée du débiteur, il examinera « s'il y a eu ou non résistance à ses ordres », « dans quelle limite cette résistance a été légitime et dans quelle mesure la décision

sanctionnée par une pénalité a reçu son exécution¹ ». En effet, « la contrainte n'est autre chose qu'une disposition pénale, destinée à forcer la partie condamnée à exécuter la chose jugée ou à réprimer sa désobéissance² ». Du reste, quand il a condamné à des dommages intérêts par jour de retard pour assurer l'exécution de sa décision, le juge a un pouvoir souverain pour statuer plus tard sur le point de départ de ces dommages-intérêts, sur l'époque à laquelle ils doivent s'arrêter, sur leur réductibilité, sur leur indivisibilité, au cas où la condamnation ne serait plus susceptible que d'une exécution partielle³.

Le débiteur est maintenant moins bien traité par la jurisprudence. Bien que favorable à l'exécution en nature, le caractère comminatoire des dommages et intérêts se trouvait en sa faveur. Le débiteur pouvait exécuter malgré l'échéance du délai et faire tomber ainsi la condamnation aux dommages. Il est, en vertu de la jurisprudence nouvelle, sous le coup d'une menace de peine. Il a tout intérêt à exécuter, car il n'est pas certain de faire tomber les dommages prononcés à titre de peine, comme il était certain de les faire tomber lorsqu'ils étaient prononcés à titre de contrainte seulement. Tout ce qui, en effet, dans leur évaluation ne vaudra pas comme réparation de préjudice, vaudra comme peine.

Toutefois, il faut bien le remarquer, ce sont les arrêts de Cour d'appel qui nous fournissent la formule très nette de la théorie. Les arrêts de cassation sont, pour ainsi dire,

¹ Montpellier, 1^{er} avril 1862.

² Rouen, 18 novembre 1868. S., 69, II, 56.

³ Cass., 8 novembre 1864. D., 65, I, 388.

muets à cet égard et, depuis celui du 10 juillet 1832, qui parlait de « disposition pénale », on ne peut guère citer qu'un seul arrêt qui se soit servi d'une expression analogue, celle de « clause pénale¹. » La Cour de cassation a paru ne pas vouloir s'associer directement à cette théorie ; néanmoins, elle ne l'a jamais condamnée et implicitement elle l'a autorisée, en déclarant qu'il appartenait aux Tribunaux de pourvoir à l'exécution de leurs décisions², que la forme des dommages-intérêts pouvait être celle que les magistrats jugeraient la plus convenable et la plus efficace, en vue du but à atteindre³ ».

IV. Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1865⁴.

A. LES CONDAMNATIONS A DES DOMMAGES-INTÉRÊTS SONT PRÉSUMÉES DÉFINITIVES

B. L'APPEL NE SUSPEND PAS LE COURS DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

A. Le débiteur contre lequel était prononcée une condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard, que ce fût à titre de contrainte ou à titre de peine, avait toujours l'espoir de voir réduire cette condamnation dont le caractère était nécessairement comminatoire. C'était pour lui une dernière ressource qui, dans une certaine mesure, pouvait l'encourager à la résistance. Il savait très bien que la justice n'avait pas prononcé sa

¹ Cass., 25 novembre 1884. D., 85, I, 399.

² Cass., 4 juin 1834.

³ Cass., 4 avril 1865. D., 65, I, 387, S., 65, I, 257.

⁴ D., 65, I, 226, S., 65, I, 84.

sentence définitive. Il pouvait ainsi attendre le commandement d'avoir à exécuter l'obligation mise à sa charge et à payer les dommages-intérêts pour accomplir l'exécution en nature et invoquer le caractère comminatoire de la condamnation. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 1859¹, vint décider que la condamnation, par chaque jour de retard, pouvait constituer la réparation exacte du préjudice, qu'elle perdait alors tout caractère comminatoire et demeurait définitive. Une modification considérable était introduite dans le système des astreintes. La condamnation à des dommages-intérêts n'était plus réputée comminatoire. Toutefois, des doutes pouvaient subsister malgré cet arrêt; la condamnation paraissant prononcée sans exagération était d'une somme de 2 francs par jour. Il était permis de supposer que la Cour d'appel et le Tribunal n'avaient point voulu faire une application de la théorie des astreintes, mais avaient usé simplement de la faculté de réparer un préjudice éventuel, par une condamnation pour l'avenir. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1865, rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Douai du 17 novembre 1862, rendit toute hésitation impossible : la condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard était présumée définitive. Le jugement (Arras, 14 mai 1861) ne présentait aucune différence avec ceux rendus antérieurement dans les espèces analogues². Il avait, en effet, condamné le sieur D... à remettre aux héritiers C...,

¹ S., 59, I, 592. D., 59, I, 53.

² V. un jugement du Tribunal de la Seine ordonnant également la remise de pièces et prononçant une condamnation par jour de retard. Dalloz, Rép. V^o Obligations, n^o 1362. Cass., 29 janvier 1834, S., 34, I, 129.

dans les trois jours de la signification du jugement, trois grosses d'obligations et les pièces constatant l'extinction des causes de ces obligations, ajoutant : « faute par D... de ce faire dans ledit délai et icelui passé, le condamne à payer aux héritiers C..., la somme de 25 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard ». Le 14 janvier 1862, les héritiers C... réclamèrent l'exécution du jugement confirmé par la Cour de Douai, le 12 août 1861; D... offrit les pièces et refusa le paiement des dommages-intérêts, alléguant qu'ils n'étaient dus qu'au cas d'inexécution.

Le tribunal d'Arras considérant, en ce qui concerne la condamnation de 25 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard, prononcée par les jugements et arrêts sus-datés, qu'il y a chose jugée ordonne la continuation des poursuites. Sur appel de D... la Cour de Douai rend le 17 novembre 1862 un arrêt confirmatif : « Attendu que, lors du jugement rendu par le Tribunal civil d'Arras le 14 mai 1861, confirmé par arrêt de la Cour de Douai le 12 août suivant, les juges, en condamnant l'appelant à une obligation de faire, l'ont en même temps, et pour le cas de non-exécution, condamné à 25 francs par chaque jour de retard, à partir des trois jours de la notification de leur décision; que cette condamnation est absolue et définitive et que rien dans ses termes n'est de nature à la faire considérer comme présomptive et comminatoire. Par ces motifs... met l'appellation au néant... » Pourvoi de D..., pour violation de l'article 1351, en ce que l'arrêt attaqué, au lieu de reconnaître le caractère comminatoire d'une condamnation accessoire, déclare que cette condamnation était définitive et absolue. La Cour de cassation rejette le

pourvoi : « Attendu que la condamnation accessoire en dommages intérêts a été maintenue par l'arrêt du 12 août 1861 dans les conditions établies par le jugement, que *la décision est définitive, absolue et exclusive de toute distinction...* »

Dès lors quand une condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard sera prononcée contre un débiteur, elle sera présumée définitive. La jurisprudence se montre plus respectueuse de la chose jugée, et nous sommes déjà loin du temps où l'on considérait comme comminatoire une condamnation à des dommages-intérêts que les premiers juges avaient certainement prononcée à titre définitif¹. Le second jugement ne revise plus le premier, il l'interprète seulement.

Le point de l'évolution auquel nous nous trouvons est intéressant à étudier. La théorie des astreintes est suffisamment établie pour pouvoir se dégager de ses origines et supprimer le caractère nécessairement comminatoire de la condamnation. Ce caractère était cependant au début l'élément premier et essentiel qui avait permis à toute cette théorie de prendre naissance et en avait rendu possible la mise en jeu par la pratique. Aussi bien l'introduction de l'idée de peine dans le système avait facilité cette modification et nous verrons comment plus tard des condamnations à des dommages-intérêts énormes, en l'absence presque complète de préjudice, purent être prononcées et exécutées. L'exagération des dommages qui

¹ Arrêts de la Cour de Paris du 26 juin 1823 et du 16 mai 1840 déclarant comminatoires des condamnations prononcées par la Cour de Paris, le 7 avril 1821, et le Tribunal de la Seine, le 11 juillet 1811. V. Cass., 28 décembre 1824. S., 1822-4, I, 604, et 22 novembre 1841, S., 42, I, 170.

tout d'abord ne s'expliquait que par le caractère comminatoire de la condamnation pouvait dorénavant trouver sa raison d'être dans l'idée de peine.

Quelques arrêts de Cour d'appel protestèrent vainement contre la règle posée par la Cour de cassation¹, elle n'en fut pas moins maintenue dans tous les arrêts de cassation ultérieurs à celui de 1865. L'arrêt du 14 juillet 1874² décide que la condamnation est définitive, à moins que le contraire ne résulte de ses termes. Enfin la théorie de la Cour de cassation fut nettement formulée lors de l'arrêt du 7 novembre 1888 par le conseiller-rapporteur, M. Féraud-Giraud³. « La Cour de cassation, dit-il, reconnaît par une série de décisions que les condamnations à des dommages-intérêts, pour retard dans l'exécution des obligations ou des dispositions contenues dans les jugements, peuvent être aussi bien prononcées d'une manière ferme et à titre définitif qu'à titre comminatoire comme simple moyen de contrainte, provisoirement et sauf débats et revisions ultérieurs. Il résulte de cette jurisprudence que la Cour de cassation rejette les pourvois formés contre des arrêts qui ont maintenu les précédentes dispositions portant condamnation à des dommages-intérêts lorsque ces arrêts déclarent que la condamnation prononcée l'a été à titre ferme et définitif et que la Cour de cassation rejette également les pourvois formés contre des décisions qui ont révisé de précédentes condamnations, alors que ces décisions appréciaient que ces condamnations, quelle que fût la formule employée, avaient statué d'une manière provisoire et à titre comminatoire... C'est

¹ Bordeaux, 5 mai 1870. D., 70, II, 208.

² D., 75, I, 460.

³ D., 89, I, 259.

vous dire que vous avez réduit la difficulté à une simple question d'interprétation que vous abandonnez au juge du fait ». Le débiteur condamné à des dommages-intérêts ne pourra plus compter d'une manière certaine sur une réduction de ces dommages, car quelle que soit la formule employée, il peut se trouver sous le coup d'une condamnation définitive qui, par son retard, est susceptible de s'aggraver chaque jour. Le juge se gardera bien de déclarer l'astreinte purement comminatoire, elle serait une menace vaine, aucune forme sacramentelle ne lui est imposée. Plus tard, d'après les circonstances, il dira la portée qu'il a voulu donner à la condamnation. Le juge d'appel conserve du reste le droit d'interpréter l'intention des premiers juges⁴.

B. L'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1865 indépendamment de la question précédemment étudiée en tranchait une autre non moins importante. Un débiteur est condamné d'une part à exécuter, et d'autre part il est condamné à payer tant par chaque jour de retard. Il fait appel du jugement. L'arrêt confirme le jugement. Plus tard, le créancier fait commandement au débiteur d'exécuter l'obligation et de payer les dommages et intérêts. Quelle sera la manière de calculer ces dommages ? Leur point de départ sera-t-il déterminé par le jugement ou par l'arrêt confirmatif ? C'était précisément une question soulevée dans le pourvoi en cassation. Le débiteur soutenait que les dommages et intérêts par lui dus ne devaient courir que des trois jours de l'arrêt confirmatif et non des trois jours du jugement. La Cour de Douai

⁴ V. l'arrêt de la Cour de Riom du 16 février 1888. D., 89. I. 259.

comme le Tribunal d'Arras déclara que l'appel n'interrompait pas le cours des dommages. La Cour de cassation les approuva en ces termes. « Attendu que l'article 457 C. pr. civ., en disant que l'appel est suspensif, a eu pour unique but de refuser aux jugements, force exécutoire jusqu'à ce que l'appel eût été vidé, qu'il s'ensuit qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué n'a point violé l'article invoqué, mais fait à la cause une juste application des principes qui la régissent... » La Cour de cassation tranchait ainsi une question à laquelle les arrêts de Cours d'appel avaient, jusqu'ici, apporté une solution, tantôt conforme à sa décision, tantôt opposée¹.

La théorie de la Cour de cassation, qui n'a pas varié depuis l'arrêt de 1865², est la suivante : lorsqu'un appel est formé contre un jugement et que cet appel est rejeté, le jugement doit produire tous les effets qu'il aurait produits s'il avait été définitif, et cela à la date fixée par lui. Les voies d'exécution seules sont suspendues par l'appel. Les dommages et intérêts doivent courir à partir du jour fixé par le jugement confirmé.

Le débiteur ne peut donc chercher dans l'appel un moyen de prolonger sa résistance, le point de départ des dommages ne se trouverait en aucune manière reculé, il reste celui fixé par le premier juge. Il est alors bien évident que le débiteur devra pour recourir au juge d'appel avoir d'autres motifs que celui-là seul de retarder l'exécution. On

¹ Bordeaux, 6 février 1856. D., 57, II, 53. — Paris, 31 décembre 1859. D., 61, II, 25 : l'appel suspend le cours du délai. — Paris, 10 décembre 1849. D., 51, V, 24. 17 août 1848. D., 48, II, 197 : l'appel ne suspend pas le cours du délai.

² Cass., 26 janvier 1870. S., 70, I, 159. D., 70, I, 88. — 15 novembre 1881. D., 82, I, 134.

comprendra, en effet, quelle serait sa situation si le jugement était confirmé, il aurait, par sa propre faute, prolongé le cours des dommages. Car il faut noter ceci, c'est que du moment qu'il a fait appel, le débiteur n'est plus libre d'exécuter. S'il voulait le faire, afin d'échapper à une condamnation à des dommages et intérêts s'accroissant chaque jour, il se rendrait non recevable de son appel. Il ne peut, en effet, à la fois exécuter un jugement et en faire appel. On voit donc quels risques court le débiteur et quelle confiance en son droit lui est nécessaire pour les affronter.

Déjà, en 1859, la Cour de Lyon¹, en déclarant que l'appel suspendait le cours des dommages, faisait remarquer que, « s'il en était autrement le droit d'appel se trouverait en quelque sorte paralysé²... plus les dommages, en cas d'inexécution, seraient exagérés et hors de proportion avec le préjudice, plus l'appel présenterait de dangers à raison de l'accumulation de ces dommages ». Les Cours d'appel se sont, en effet, montrées hostiles à la théorie de la Cour de cassation³, et cela est curieux à remarquer, puisque ce sont elles qui, en toutes circonstances, ont fait du système des astreintes l'application la plus logique et la plus rigoureuse. Mais leur résistance, quelque prolongée qu'elle ait été, est demeurée inutile et la Cour de cassation n'en a pas moins maintenu la solution donnée par elle en 1865.

¹ Lyon, 9 avril 1859. Pand. franc. V^o Appel civil, n^o 4186.

² Un arrêt de la Cour de Dijon du 25 janvier 1878 exprime la même idée. D., 78, II, 37.

³ Rouen, 18 novembre 1868. S., 69, II, 256. — Bordeaux, 5 mai 1870. D., 70, II, 208. — Dijon, 25 janvier 1878. D., 78, II, 37. S., 78, II, 103. — Paris, 1^{er} avril 1882. D., 82, II, 229.

V. Arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1889 ¹

FIXATION D'UN DÉLAI AU COURS DE L'ASTREINTE

Les arrêts qui condamnaient à une astreinte par jour de retard s'ils fixaient le point de départ de l'astreinte n'indiquaient pas à quel moment elle devait cesser de courir ². Le point de départ était le plus souvent, nous l'avons vu, reporté un certain nombre de jours après la signification du jugement. Le cours des dommages-intérêts ne devait être arrêté que par l'exécution. Des exagérations furent commises et, ensuite d'arrêts n'impartissant aucun terme au cours de l'astreinte, on put voir produire des créances de dommages-intérêts supérieurs à un million ³. Le système de la jurisprudence, fortune rare pour des doctrines juridiques, préoccupa pendant un certain temps l'opinion publique. Les résultats auxquels pouvaient aboutir l'application rigoureuse des astreintes apparurent excessifs, et cela seul dut contribuer à en faire modifier la théorie. Un arrêt de la Cour de Paris du 29 décembre 1887 confirma entièrement un jugement du Tribunal de la Seine, sauf sur un point celui précisément qui nous intéresse. Le jugement avait condamné à 20 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard à partir de la signification du jugement, l'arrêt maintint le chiffre fixé mais « dit toute-

¹ D., 91, I, 31.

² Angers, 13 février 1856. D., 57, I, 213. — Orléans, 3 décembre 1859. D., 60, II, 9. — Montpellier, 1^{er} avril 1862. D., 62, V, 112. — Douai, 17 novembre 1862. D., 65, I, 226. — Paris, 13 février 1877. D., 78, II, 125. — Paris, 24 décembre 1883. D., 85, II, 221.

³ V. Aff. de Bauffremont, p. 80.

fois que l'astreinte de 20 francs par chaque jour de retard ne courra que pendant deux mois à partir de la signification du présent arrêt, après quoi il sera fait droit. » Un pourvoi fut formé contre cet arrêt et rejeté par la Cour de cassation le 23 juillet 1889.

Un délai était dorénavant fixé au cours de l'astreinte, à l'échéance de ce délai il sera fait droit aux conclusions du demandeur ; les dommages et intérêts pour retard seront remplacés par des dommages-intérêts pour inexécution, ou ils continueront à courir, mais avec un nouveau délai assigné par le juge¹. Les arrêts les plus récents ont suivi cette jurisprudence et le délai est aujourd'hui inséparable de l'astreinte². On ne peut dire cependant que l'astreinte ait perdu par cela même de son efficacité. Le débiteur, par une patience dont il connaît la durée, ne peut se rire de la menace, car si cette menace expire à un terme fixé elle peut fort bien être renouvelée pour un nouveau laps de temps ; il ne peut donc en connaître l'effet ni en prévoir la durée. Pour le juge qui la prononce, au contraire, elle devient précise et déterminée. Il sait, au moment où il statue, quels résultats pécuniaires elle produira et à quelle somme exacte se monteront les dommages-intérêts ; ce qu'il ignore, c'est l'effet qu'elle pourra produire sur le débiteur. N'oublions pas que le juge, en fixant un délai, s'est réservé le droit de se prononcer à nouveau. Nous allons voir les conséquences qu'il en a tirées.

¹ Bordeaux, Pand. franc., 97, I, 95.

² Cass., 8 juin 1896. Pand. franc., 97, I, 95. — 11 mai 1898, *ibid.*, 99, I, 45.

VI. Arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1896¹.

LE TAUX DE L'ASTREINTE EST SUSCEPTIBLE D'ÊTRE ÉLEVÉ
DANS UN SECOND JUGEMENT

Le juge a condamné le débiteur à exécuter son obligation, c'est-à-dire à prêter l'acte qui en fait l'objet, puis il l'a condamné à tant par chaque jour de retard pendant un délai déterminé. Ce délai est expiré et les parties se présentent à nouveau devant lui ; le débiteur n'a pas exécuté, il refuse encore de le faire. Il semble que le juge devrait alors procéder à ce qu'on pourrait appeler la liquidation de l'obligation, c'est-à-dire prononcer une condamnation à des dommages et intérêts définitifs ou autoriser l'exécution forcée si elle est possible. Telle n'est pas, cependant, la solution de la jurisprudence. Elle admet, comme nous l'avons vu, que le juge a la faculté en fixant un nouveau délai de prononcer une nouvelle condamnation à des dommages et intérêts pour contraindre le débiteur à l'exécution. Nous avons remarqué que l'astreinte pour être efficace devait être calculée eu égard à la résistance du débiteur et à ses facultés pécuniaires. Or, le juge, lorsqu'il statue pour la première fois, ne connaît pas cette force de résistance et peut-être ne sait-il pas à quoi s'en tenir sur ces facultés. En outre, il est bien probable que l'astreinte, si elle n'a abouti à aucun résultat, si elle n'a pas amené le débiteur à l'exécution, était fixée à un chiffre trop faible. Jouissant du bénéfice de l'expérience qui résulte d'un essai infructueux, con-

¹ Pand. franc., 97, I, 95.

naissant toute l'étendue du mauvais vouloir du débiteur, le juge pourra d'une manière beaucoup plus précise déterminer le chiffre auquel l'astreinte ne restera pas sans effets. Dans un second jugement, il lui sera permis d'en élever le taux. Le tort du débiteur s'aggrave, de quoi pourrait-il se plaindre, puisque c'est lui l'auteur de son propre malheur. Que n'exécute-t-il pas, puisqu'il y est tenu et qu'on veut l'y contraindre ? Deux arrêts de cassation, dont le premier était du 8 juin 1896¹, vinrent coup sur coup valider cette pratique. L'évolution du système des astreintes restait logique, et son dernier terme lui apportait un perfectionnement. Non seulement la menace pèse toujours sur le débiteur et chaque jour s'aggrave par sa durée, mais encore elle est accrue par l'approche du terme fixé pour l'exécution qui deviendra fort probablement, si elle n'a pas lieu, le point de départ d'une nouvelle condamnation à une astreinte beaucoup plus considérable.

Le but poursuivi par la jurisprudence est aujourd'hui pleinement atteint, et l'on peut dire qu'il n'y a véritablement qu'une issue à la situation d'un débiteur tenu à une astreinte et qui ne veut pas marcher à sa ruine : l'exécution en nature de son obligation.

¹ Le second arrêt est du 1^{er} décembre 1897. Pand. franc., 99, I, 337 et note.

CHAPITRE IV

APPLICATION DE LA THÉORIE DES ASTREINTES

I. Obligations conventionnelles.

Rappelons les principes que nous avons dégagés de l'étude des articles 1134, 1142 et suivants et des travaux préparatoires. L'exécution en nature est la règle qui domine toute la théorie des obligations. Les obligations de faire ou de ne pas faire sont soumises à cette règle comme celles de donner. Si le débiteur n'exécute pas, les tribunaux auront recours pour l'y contraindre à l'exécution forcée. Mais un certain nombre d'obligations ne sont pas susceptibles d'obligation forcée : celles qui nécessitent un fait personnel du débiteur. Il faudrait faire usage d'une contrainte sur les personnes. Nos lois n'autorisent pas cette contrainte. C'est à ces obligations que s'applique la règle de l'article 1142 et c'est d'elles qu'il est vrai de dire que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Les articles 1147 et 1149 nous ont donné les règles qui doivent servir à fixer ces dommages et intérêts qui sont l'équivalent pécuniaire de l'inexécution ou du retard dans l'exécution.

Au point de vue de la sanction des obligations de faire, il faut donc séparer celles, d'une part, qui ne sont pas

soumises à l'article 1142 et celles, d'autre part, qui lui sont soumises ; les premières seront susceptibles d'exécution forcée directe, les secondes n'en seront pas susceptibles et devront se résoudre en dommages et intérêts.

Prenons un exemple de l'une et l'autre de ces obligations. Une personne s'est engagée à effectuer certains travaux. Il y a là un contrat synallagmatique qui engendre à la charge du premier des contractants une obligation de faire. Cette obligation, il ne l'exécute pas. Le créancier s'adressant aux Tribunaux pourra obtenir l'exécution forcée directe de l'obligation (art. 1144).

Un peintre s'engage à faire un tableau sur les indications d'un amateur qui promet de payer une somme déterminée lorsque le tableau lui sera livré. Le peintre n'exécute pas son obligation, le créancier s'adresse à la justice, il ne pourra obtenir que des dommages et intérêts.

Si le débiteur, dans l'une ou l'autre de ces obligations, était simplement en retard et ne refusait pas d'exécuter, le juge pourrait, en le condamnant à l'exécution et en fixant un délai pour cette exécution, prononcer une condamnation soit pour le retard passé, soit pour le retard futur, à condition, toutefois, que le préjudice éventuel pût être évalué à l'avance. S'il faut faire une distinction pour les obligations de faire entre celles qui sont susceptibles, ou non, d'exécution forcée, elles ont ceci de commun que le refus du débiteur doit amener l'extinction de l'obligation (art. 1184). Cette extinction se produira pour les unes par l'exécution forcée directe, pour les autres par leur transformation en obligation à une somme d'argent déterminée une fois pour toutes. Il n'est point, en

effet, dans la nature de l'obligation conventionnelle de se perpétuer indéfiniment.

Voyons donc, soit en ce qui concerne les obligations soumises à la règle générale de l'exécution en nature et celles soumises à l'article 1142, soit en ce qui concerne la distinction du refus ou du retard, quelles ont été les règles suivies par les arrêts qui ont appliqué aux obligations conventionnelles le système des astreintes. La question est assez difficile à résoudre, car ces deux distinctions se superposent généralement et, dans les arrêts où il s'agit d'obligations à un fait personnel ou non fongible, il est également question de retard et de refus.

§ 1. **Obligation à un fait personnel.**

Quand il s'agit du refus du débiteur d'exécuter une obligation ayant pour objet un fait personnel et soumise, par conséquent, à l'article 1142, les arrêts prononcent une condamnation à des dommages-intérêts fixés en bloc et déterminés une fois pour toutes. Le système des astreintes n'est pas appliqué à cette catégorie d'obligations : deux arrêts le prouvent. Le premier est de la Cour de cassation à la date du 26 juillet 1854¹. Le sieur D..... s'était engagé, en acceptant en paiement de 23.000 francs que le sieur B..... devait à sa femme la cession d'une créance de celui-ci, à rapporter la ratification de sa femme et la mainlevée de l'inscription hypothécaire qui garantissait la dette de 23.000 francs. Il y avait là une obligation conventionnelle de faire, le fait promis était un fait personnel, car on ne pouvait faire faire par un tiers ce

¹ Cass., 26 juillet 1854. S., 55, I, 33. D., 54, I, 297.

que le débiteur avait promis. D..... n'exécute pas son obligation, il est condamné à rapporter la ratification et la mainlevée hypothécaire dans les trois jours de la signification du jugement sous une contrainte de 5 francs par chaque jour de retard. Le jugement est confirmé en appel. La Cour de cassation rejette le pourvoi, parce que, dit-elle, ni en première instance ni en appel, le refus d'exécuter n'a été allégué et que, si S..... « a été condamné à payer 5 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard, cette condamnation rentrait dans l'exercice du pouvoir qui appartient aux tribunaux de prononcer des dommages-intérêts *à raison du simple retard dans l'exécution des obligations* ». La Cour de Paris suivit la même règle dans un procès qui eut un certain retentissement. Un amateur lyonnais avait demandé à Rosa Bonheur de lui faire un tableau dans le genre du *Marché aux chevaux* ou de ses chefs-d'œuvre du Luxembourg. Rosa Bonheur s'était engagée à faire ce tableau et en avait fixé le prix entre 8 et 10.000 francs. M. P..... s'était engagé à payer cette somme au moment de la livraison. Ici encore, il s'agit d'une obligation conventionnelle de faire, obligation personnelle puisque la convention était consentie en raison même de la personne du débiteur et de ses facultés artistiques. Trois ans après, Rosa Bonheur refusa formellement de faire le tableau promis par elle, écrivant à M. P..... « qu'elle cesse toute relation avec lui, ne lui répondra pas une fois de plus par une simple lettre, à plus forte raison pas le plus petit morceau de toile peinte ». Elle fut alors assignée devant le Tribunal civil de Fontainebleau. Le Tribunal ne fit pas droit aux conclusions de P....., qui demandait la livraison du tableau ou 15.000 francs de dommages-intérêts, mais, appliquant le système

des astreintes, donna à Rosa Bonheur un délai de six mois pour livrer le tableau promis et la condamna, ce délai passé, à payer à P.... 20 francs par jour de retard. La Cour de Paris par un arrêt du 4 juillet¹ réforma ce jugement. Voici les termes de l'arrêt : « Considérant que la non-exécution de la part du débiteur d'une obligation de faire se résout en dommages-intérêts et que dès lors il n'y a lieu d'impartir un délai fixe pour l'exécution, sous contrainte pécuniaire par chaque jour de retard qu'autant que le débiteur consent à accomplir la convention. *Considérant que, dans l'espèce, et en présence du refus formellement exprimé par Rosa Bonheur, de réaliser son obligation de faire, il ne restait plus qu'à statuer sur les dommages-intérêts* réclamés par P.... Met l'appellation et ce dont cet appel au néant en ce que les premiers juges ont fixé le délai d'exécution sous astreinte de 20 francs, condamne Rosa Bonheur à payer à P... la somme de 4.000 francs à titres de dommages-intérêts. »

Ces deux arrêts nous fournissent donc des solutions très nettes. Le système des astreintes ne doit pas être appliqué aux obligations de faire soumises à l'article 1142, c'est-à-dire non susceptibles d'exécution forcée directe, lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation². Si le débiteur est simplement en retard d'exécuter, des dommages-intérêts par chaque jour de retard peuvent au contraire être attribués au créancier. Il est permis de tirer de ces deux principes, conformes aux théo-

¹ D., 65, II, 201. S., 65, II, 233.

² Voir un arrêt de la Cour de Paris, 3 mars 1855, S., 55, II, 410. La célèbre tragédienne Rachel s'étant refusée à jouer une pièce de M. Legouvé dont elle avait promis d'interpréter un rôle, fut condamnée à 5000 francs de dommages-intérêts.

ries de la doctrine, une conséquence qui n'est pas indiquée par la jurisprudence, mais qui découle nécessairement des règles suivies par elle. Si le débiteur a été condamné à des dommages et intérêts par chaque jour de retard, et que plus tard il refuse formellement d'exécuter l'obligation à laquelle il est tenu, le juge devra prononcer contre lui une condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution, condamnation qui sera nécessairement d'une somme déterminée une fois pour toutes. Toutefois il faut remarquer que dans certaines espèces, même au cas de refus d'exécution, les Tribunaux pourront prononcer des condamnations à des dommages-intérêts par chaque inexécution ou jour d'inexécution. Ces dommages-intérêts ne sont pas moratoires, et il ne faudrait en aucune manière les confondre avec les astreintes : ils sont en réalité compensatoires et tendent uniquement à réparer le préjudice. Prenons des hypothèses qui se sont réalisées dans la pratique. Un chanteur s'est engagé à ne pas chanter dans tel théâtre et il chante sur ce théâtre, un commerçant a vendu son fonds de commerce et il s'est engagé à ne pas exercer sa profession dans la même localité pendant un délai de dix ans et il ouvre un nouveau magasin avant l'expiration de ce délai. A chaque contravention à l'engagement ou à chaque jour de contravention il y a renouvellement de préjudice, le juge ne pouvant prévoir le nombre de contraventions ne peut déterminer le préjudice, et c'est pourquoi, au lieu de fixer un chiffre total de dommages et intérêts, il estime et fixe des dommages par contravention. Mais il s'agit bien ici d'inexécution et non pas de retard, de dommages et intérêts prononcés à titre de réparation de préjudice et non pas d'astreintes.

Il est donc vrai de dire que le système des astreintes

demeure étranger aux obligations conventionnelles de faire soumises à l'article 1142. On a critiqué sous ce rapport la théorie de la jurisprudence et on a fait remarquer qu'il était peu rationnel de distinguer entre les obligations susceptibles ou non d'exécution forcée directe, puisque c'est précisément pour parvenir à l'exécution en nature de ces dernières que l'astreinte présenterait le plus d'utilité. La contrainte directe étant prohibée pour ces obligations, on peut dire qu'elles sont dépourvues de sanction. On ne peut en effet considérer comme telle ni la résolution du contrat, ni la condamnation à des dommages-intérêts, le débiteur montrant précisément par son refus qu'il préfère la résolution ou les dommages-intérêts à l'exécution. Mais on ne saurait cependant faire un reproche à la jurisprudence d'avoir suivi la tradition de notre ancien droit et d'avoir respecté l'esprit de l'article 1142. Elle n'a pas voulu autoriser l'emploi de la contrainte même indirectement pour des obligations qui demeuraient en dehors de l'exécution forcée et qui, par la seule volonté du débiteur, devaient se résoudre en dommages et intérêts. Elle a prohibé l'emploi de la violence exercée sur la volonté comme nos anciens auteurs et les rédacteurs du Code civil avaient prohibé la violence exercée sur la personne. Bien loin de faire un grief à la jurisprudence de n'avoir pas appliqué le système des astreintes dans une matière où il présentait une utilité indiscutable, on ne saurait trop approuver les tribunaux de ne s'être pas abandonnés à un entraînement qu'il eût été plus facile de subir en raison même de l'absence de sanction des obligations personnelles de faire.

§ 2. Retard dans l'exécution et refus d'exécution.

Le débiteur tenu d'une obligation de faire n'exécute pas, mais poursuivi par le créancier il n'oppose pas le refus d'exécuter. Le Tribunal a la faculté de lui accorder un délai, il fixera alors le chiffre des dommages-intérêts moratoires. Comme ce retard peut déguiser une mauvaise volonté persistante, une intention bien nette de ne pas s'exécuter, le Tribunal prononcera une condamnation conditionnelle pour le cas d'inexécution, condamnation à des dommages-intérêts compensatoires ou déclarera que passé ce délai il sera fait droit. Supposons au contraire que le débiteur refuse nettement d'exécuter son obligation. En présence de ce refus, le Tribunal peut croire que le débiteur changera de sentiment : au lieu de le condamner à des dommages-intérêts compensatoires ou d'autoriser l'exécution forcée, il fixera alors un délai pour l'exécution en prononçant des dommages et intérêts moratoires pour le cas où le retard se continuerait et des dommages-intérêts compensatoires pour le cas où le débiteur persisterait dans son refus.

Mais, quelle que soit l'hypothèse prévue, qu'il s'agisse de retard ou de refus, le terme du retard devra être fixé au jour de la condamnation. Un litige est en effet porté devant les Tribunaux il doit recevoir sa solution.

Que font les Tribunaux quand ils prononcent, en matière d'obligations conventionnelles de faire, une condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard ? Ils ne prévoient pas de délai au cours des dommages ou s'ils en prévoient un, ils se réservent la faculté de

le renouveler à son échéance, et ne considèrent pas qu'à cet égard ils ont épuisé leur droit. Ils ne prononcent pas de condamnation à des dommages-intérêts compensatoires pour le cas d'inexécution. Prenons deux exemples dans des arrêts déjà cités. Dans la première espèce ¹, les défendeurs avaient été condamnés à l'expiration de leur bail à délaisser des immeubles loués par eux et à effectuer des réparations. La Cour de Toulouse les condamna à payer une indemnité de 13.400 francs, plus par jour de retard une somme de 37 fr. 80 à compter de l'arrêt et pendant les vingt et un jours qui suivraient l'exécution. Dans la seconde ², la Compagnie des chemins de fer du Midi tenue de livrer des marchandises qu'elle avait transportées, et n'exécutant pas son obligation, fut condamnée à payer 1200 francs à titre de dommages-intérêts et en plus 50 francs par chaque jour de retard. Ces deux arrêts choisis entre plusieurs autres ³ nous montrent d'une manière certaine qu'en matière d'obligations conventionnelles la jurisprudence ne fait aucune distinction entre le retard et le refus. Les Tribunaux prononcent des condamnations par jour de retard, alors que le terme de l'inexécution ne saurait être prévu. Les dommages-intérêts courront tant que l'obligation ne sera pas exécutée. Les seuls arrêts de jurisprudence qui distinguent entre le retard et le refus sont des arrêts qui statuent sur des obligations de faire, soumises à l'article 1142. Nous les avons cités, ce sont ceux de la Cour de cassation du 26 juillet 1854 et de la

¹ Toulouse, 3 avril 1830. S., 355, I, 39.

² Montpellier, 1^{er} avril 1862. D., 62, V, 112.

³ Paris, 17 août 1848. S., 48, II, 606. — 6 février 1856. S., 56, II, 701. — Bordeaux, 5 mai 1870. D., 70, II, 208. — Riom, 16 juin 1879. D., 89, I, 259. — Pau, 24 décembre 1883. D., 85, II, 221.

Cour de Paris du 4 juillet 1865. Tous les autres arrêts sont muets à cet égard, ou bien, comme ceux de la Cour de Montpellier du 1^{er} avril 1862 et de la Cour de Paris du 2 décembre 1893¹, prononcent des dommages et intérêts par chaque jour de retard au cas de refus d'exécution. Il est permis de penser que le caractère comminatoire des dommages et intérêts a pu autoriser le juge non seulement à exagérer ces dommages, mais encore à les laisser courir aussi longtemps que se prolongerait l'exécution. S'ils arrivent à un chiffre excessif on le réduira et on n'a pas lieu de s'étonner, en voyant opérer cette réduction dans une proportion si considérable, qu'elle peut atteindre parfois aux quatre cinquièmes².

Aux exagérations qui pouvaient provenir de l'assimilation du refus au retard, la jurisprudence a dans ces dernières années apporté un tempérament. Comme nous l'avons vu, depuis l'arrêt de cassation du 23 juillet 1889, elle condamne aux dommages et intérêts par jour de retard durant un certain délai, après quoi il sera fait droit. Ces dommages peuvent être prononcés au cas de refus³ comme de retard, mais si le terme de l'inexécution est nettement fixé, l'on ne peut savoir d'une manière certaine quel sera le cours des dommages, une seconde condamnation peut en effet suivre la première et un second délai être imparté. La vérité est que l'assimilation du refus au retard était nécessaire au fonctionnement du système de

¹ Pand. franc., 99, I, 337.

² Arrêt de la Cour de Riom du 16 février 1888 (D., 89, I, 259), statuant sur l'appel interjeté contre un jugement du Tribunal de Moulins, du 6 août 1887. V. aussi Montpellier, 1^{er} avril 1862.

³ Voir les termes de l'arrêt de cassation du 23 juillet 1889. D., 91, I, 31.

la jurisprudence. Quel est en effet le but de l'astreinte ? C'est l'exécution en nature de l'obligation ; n'est-ce pas au cas où la mauvaise volonté du débiteur est le plus apparente, au moment où il refuse d'exécuter l'obligation que l'astreinte peut présenter sa véritable utilité ? Elle sera un moyen de contrainte destiné à vaincre cette mauvaise volonté, à triompher de cette résistance. Le refus du débiteur est non avenu, c'est un tort qui va toujours en s'aggravant et dont il ne saurait se prévaloir, il doit l'exécution de l'obligation dont il est tenu et on veut l'amener à procurer lui-même cette exécution. Pourquoi ne le pourrait-on pas par une contrainte indirecte et des condamnations pécuniaires, puisqu'il serait permis de recourir à l'exécution forcée et à la contrainte directe.

Si nous revenons maintenant à ce que nous disions au début, à savoir que la distinction du retard et du refus était précisément formulée dans les arrêts qui statuent en matière d'obligations soumises à l'article 1142, nous pouvons remarquer que la jurisprudence distingue entre le retard et le refus dans les cas seulement où l'application du système des astreintes est rejetée par elle. La distinction au contraire n'est plus possible dans les hypothèses où s'applique ce système. L'astreinte ne pourrait être prononcée si le juge était dans l'alternative de condamner le débiteur à des dommages et intérêts fixés une fois pour toutes et comme équivalent, ou d'autoriser contre lui l'exécution forcée, si, en un mot, il était tenu de trancher le litige qui lui est soumis sans en reculer la solution à un terme qu'il ne peut prévoir.

II. Obligations légales.

En matière d'obligations légales, nous trouvons deux cas d'application du système des astreintes. Ces obligations, il faut le remarquer, ne peuvent être soumises à l'article 1142, car il est bien évident que le paiement de dommages-intérêts ne peut libérer de l'accomplissement d'un devoir. Il serait inadmissible que, par l'inexécution, de semblables obligations soient résolues en une dette de somme d'argent. Une pareille résolution serait leur négation même. Et l'on peut dire des obligations légales qu'elles doivent toujours être exécutées en nature, que seule cette exécution est conforme à l'intérêt général et à la volonté du législateur.

§ 1. **Obligation des époux de cohabiter. — Article 214 C. Civ.**

Nous avons vu que, si l'enfant abandonne le domicile paternel, il peut y être ramené *manu militari* ; que l'emploi de la force publique est également possible contre la femme qui a quitté le domicile conjugal, mais qu'en fait cette exécution forcée demeure souvent inefficace. D'autre part, les obligations du mari et de la femme sont corrélatives, si l'un ne les exécute pas, l'autre pourra demander aux Tribunaux la résolution du mariage. Déjà au Conseil d'Etat on avait fait remarquer que le divorce et la séparation de corps constitueraient une menace et un moyen de contrainte ¹. Sans réclamer une résolution totale du con-

¹ Loaré, IV, p. 396.

trat, il sera permis dans certains cas de demander pour le conjoint coupable la déchéance de certains avantages qui dérivent de l'exécution. On peut tenir pour corrélatifs le droit de la femme à des aliments et le devoir pour elle d'habiter avec son mari. Si la femme refuse la cohabitation, le mari refusera les aliments¹. Soit répugnance des juges à recourir à l'emploi de la force brutale, soit inefficacité des autres moyens employés, la jurisprudence s'emparant d'une phrase prononcée au Conseil d'Etat où il était dit « que ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances² » autorise l'emploi de la contrainte indirecte. Les Tribunaux ne se sont pas bornés à permettre la saisie des revenus de la femme, mais ils l'ont condamnée au paiement de dommages-intérêts. A la vérité, ils ne l'ont pas fait sans une certaine hésitation. Quelques arrêts déclarent qu'« on ne peut régir l'association conjugale par les dispositions du Code civil sur les dommages-intérêts, qui sont en général dus pour la perte matérielle que fait un contractant ou pour le gain matériel dont il a été privé »³ ou « qu'il serait immoral que le mari pût trouver une occasion de lucre dans le refus de sa femme de cohabiter avec lui⁴ ». Ces arrêts ne devaient pas former jurisprudence, car ils s'inspiraient de la notion des dommages et intérêts contenus dans le Code civil et ils l'invoquaient, or cette notion tendait à s'effacer devant la notion nouvelle des dommages et intérêts prononcés à titre de contrainte.

¹ Paris, 22 janvier 1887. S., 91, I, 466. Dijon, 21 janvier 1891. D., 91, II, 349.

² Loaré, IV, p. 396.

³ Colmar, 10 juillet 1833. S., 34, I, 127.

⁴ Pau, 81 mars 1863. D., 63, II, 193.

Qu'était-ce en effet que l'obligation imposée à la femme de cohabiter avec son mari : une obligation légale de faire. Puisqu'il répugnait à la jurisprudence d'avoir recours à la *manus militaris*, souvent inefficace, toujours contraire à nos mœurs, pourquoi donc au cas d'inexécution, ne pas se servir des dommages et intérêts pour contraindre la femme à l'exécution au moyen d'une condamnation à tant par chaque jour de retard? C'est ce que fit le premier à notre connaissance un arrêt de la Cour de Nîmes¹.

« Attendu qu'aux termes de l'article 1142 toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur... Par ces motifs ordonne que dans le délai de quinzaine, à partir de la signification du présent jugement, la dame L.,., réintégrera le domicile conjugal et, faute par elle de le faire dans le susdit délai, la condamne à payer à son mari annuellement à titre de dommages intérêts la somme de 12.000 payable par trimestre jusqu'à ce qu'elle ait adhéré au domicile conjugal. » La femme absente du domicile conjugal était donc tenue à une astreinte de 1000 francs par mois. D'autres arrêts furent rendus dans le même sens² et la Cour de cassation appelée à se prononcer, approuva le 26 juin 1878³ la solution donnée par un arrêt de la Cour de Paris dans lequel il était fait allusion aux travaux préparatoires fréquemment invoqués en cette matière par les arrêts : « Attendu, dit la Cour, que pour forcer la femme à revenir avec son mari, lorsqu'elle a

¹ Nîmes, 20 février 1862. D., 63, II, 194.

² V. notamment Paris, 2 mars 1877. D., 77, II, 91. S., 77, II, 248.

³ D., 79, I, 80. S., 79, I, 175.

quitté la maison conjugale et refuse d'y rentrer, les juges sont libres de recourir suivant l'occurrence, aux moyens de contrainte qui leur paraissent les plus efficaces ou les mieux appropriés à la situation et notamment à une condamnation à des dommages-intérêts comme celle qui a été prononcée dans l'espèce... » L'astreinte devenait définitivement l'un des moyens coercitifs destinés à contraindre la femme à exécuter l'obligation mise à sa charge par l'article 214.

En ce qui concerne cette obligation, il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'application du système des astreintes présente ceci de particulier qu'elle n'était pas indispensable pour permettre au juge d'aboutir à l'exécution en nature. L'astreinte était d'autant moins utile qu'il existait pour les cas où l'exécution forcée eût été inefficace un procédé de contrainte indirecte fort puissant : la saisie des revenus de la femme. C'est peut-être ce qui nous explique que la jurisprudence ait fait tardivement usage en cette matière des dommages-intérêts comminatoires¹. Peut-être n'y aurait-elle jamais eu recours sans le pouvoir discrétionnaire qu'elle se reconnaît en pareille matière² et dont parle l'arrêt de cassation du 26 juin 1878.

Enfin, un arrêt de la Cour de Toulouse en date du 29 juin 1864³ a fait de la théorie des astreintes une appli-

¹ Le premier arrêt de cassation est celui que nous citons, 26 juin 1878; au contraire, en matière de garde des enfants, le premier arrêt est du 25 mars 1857 (S., 57, I, 267).

² V. l'arrêt de la Cour de Nîmes, 20 février 1862. D., 63, II, 194. « Attendu qu'il a été reconnu au Conseil d'Etat que toutes les difficultés relatives à l'adhésion au domicile conjugal doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances. »

³ S., 64, II, 154

cation fort intéressante, mais demeurée isolée. La séparation de corps avait été prononcée entre deux époux pour adultère de la femme. Celle-ci n'était plus soumise à l'obligation de cohabiter, mais elle restait tenue de l'obligation de fidélité. Bien loin de l'exécuter, elle continuait ses relations illicites et avait adopté pour logement la maison de son complice. Le mari, invoquant le préjudice qui lui était causé, réclama des dommages-intérêts. Ils lui furent attribués par la Cour de Toulouse. Elle ordonna à la femme de quitter le domicile de son complice, à celui-ci de l'en expulser et les condamna à des dommages-intérêts par chaque jour de retard apporté à l'exécution de l'arrêt. Ici encore c'était bien une astreinte, mais la Cour de Toulouse généralisait l'application du système. Elle ne prononçait pas la condamnation en vertu des articles 1142 et 1147, mais en vertu de l'article 1382, le but restait le même : contraindre à l'exécution. Et l'on peut se demander quel scrupule retenait la Cour de Toulouse, car si l'obligation de cohabiter est une obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'obligation de fidélité ?

Toutefois, il faut le remarquer, à une époque où il n'était pas prononcé de condamnation à des dommages-intérêts, les Cours d'appel, pour obtenir des époux l'exécution de l'obligation de cohabiter, avaient employé des moyens qui n'étaient pas sans analogie avec les astreintes. C'est ainsi qu'elles avaient fixé à un taux exagéré la pension alimentaire que devait payer le mari lorsqu'il refusait de recevoir sa femme au domicile conjugal¹ et aussi

¹ Lyon, 30 novembre 1811. Sirey, Codes annotés, art. 214. C. civ., n° 18.

qu'elles avaient exagéré la fixation de la quote-part due par la femme mariée sous le régime de séparation de biens lorsqu'elle refusait la cohabitation⁴. Il y avait dans l'un et l'autre cas l'usage d'une contrainte indirecte sur les biens exercés au moyen de l'exagération du taux de la condamnation.

§ 2. **Garde des enfants.**

La puissance paternelle comprend dans son exercice le droit de garde des enfants. Le père exerçant seul cette puissance pendant la durée du mariage (art. 373), c'est avec lui que doit habiter l'enfant. Si donc celui-ci habite sans l'autorisation du père soit avec un tiers, soit avec sa mère qui refuse de le rendre, la puissance paternelle se trouve arrêtée dans son exercice. En raison même de cette violation, celui qui s'en est rendu coupable est tenu d'une obligation de restitution, il doit laisser l'autorité du père s'exercer librement.

L'hypothèse fréquente qui met en jeu de semblables questions se présente au cas où, à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps, la garde des enfants est confiée soit à l'un des parents, soit à une tierce personne à qui le parent qui les retient indûment refuse de les remettre. Le jugement qui prononce le divorce ou la séparation confie les enfants à celui des époux qui a obtenu le divorce, à moins que leur plus grand avantage n'exige le contraire. Le juge, en pareille matière, a reçu du pouvoir législatif une délégation, non pas pour créer la puissance paternelle, mais pour indiquer quel doit en être le

⁴ Riom, 13 août 1810. Dalloz, Rép. V^o Mari, n^o 759.

titulaire. C'est en ce sens qu'un arrêt de la Cour de Paris pouvait déclarer que l'obligation de restituer les enfants imposée à l'un des parents trouvait sa base même dans le jugement¹.

Quelle sera la sanction de l'obligation de restituer? Au cas où l'enfant est caché, au cas où il est à l'étranger, l'emploi de la force publique devient impossible. Comment aboutir à l'exécution du jugement? On peut dire qu'il n'y a nul moyen pour le faire. Et cependant le jugement est prononcé, la société a un double intérêt à ce qu'il ne reste pas illusoire; car elle ne peut se désintéresser ni de l'inobservation des dispositions légales en matière de famille, ni de l'inexécution des jugements.

Aussi la jurisprudence devait bientôt, en raison même des intérêts en jeu et du défaut de sanction, appliquer le système des astreintes à l'obligation légale de restituer des enfants retenus par ceux qui sont étrangers à l'exercice de la puissance paternelle. On peut dire qu'en cette matière le système de la jurisprudence a trouvé son application la plus radicale, son épanouissement le plus complet. L'impuissance à laquelle étaient réduits les Tribunaux a fait place à un pouvoir discrétionnaire en même temps que ces dommages-intérêts, dérisoires lorsqu'ils correspondaient au préjudice pécuniaire, se sont transformés en une arme redoutable lorsqu'ils ont été employés à titre de contrainte.

Si de nombreux arrêts ont été rendus, condamnant à une astreinte la personne tenue d'une obligation de restituer des enfants à celui qui en avait la garde, nuls d'entre eux ne sont aussi caractéristiques que ceux de la Cour

¹ Paris, 7 août 1886, aff. Bauffremont.

de Paris dans l'affaire de Bauffremont. On peut dire aujourd'hui qu'ils sont liés à l'histoire des astreintes. Le chiffre de la condamnation, la résistance de la mère qui gardait indûment les enfants ont fait de ce procès « le couronnement de l'œuvre » de la jurisprudence. Aussi bien se produisait-il à un moment où, comme nous l'avons vu, la théorie des astreintes était complètement formée dans toute sa partie essentielle et ne devait recevoir dans l'avenir que de légères modifications. Une instance en séparation entre le prince et la princesse de Bauffremont s'était terminée par un arrêt de la Cour de Paris prononçant la séparation de corps et confiant la garde des deux filles issues du mariage à la mère¹. M^{me} de Bauffremont s'était ensuite fait naturaliser en Allemagne et s'y était remariée. En 1875, le père demanda la garde des enfants en se fondant sur le double motif de la naturalisation et du second mariage. Un jugement du Tribunal civil de la Seine rendu sur opposition, en date du 7 avril 1876, déclare que la mère cessera d'avoir la garde des enfants sans qu'il y ait lieu d'en conférer la garde au père, dit qu'à la diligence de celui-ci les deux jeunes filles seront placées dans un couvent, autorise le prince à saisir-arrêter les revenus de sa femme, et nomme un séquestre. Appel de la princesse devant la Cour de Paris. Par arrêt du 7 août 1876², la Cour.

« Considérant que l'obligation imposée à la princesse de Bauffremont de remettre à son mari leurs enfants communs constitue une obligation de faire, dont l'inexécution ou le retard dans l'inexécution, se résout suivant l'article 1142 du Code civil, en dommages-intérêts.

¹ Paris, 1^{er} août 1874. D., 76, I, 407.

² D., 78, II, 125.

« Considérant qu'en réduisant à de simples dommages et intérêts la sanction demandée, il convient de la proportionner à la résistance qu'il s'agit de vaincre et aux dommages à réparer, ainsi qu'à l'importance des revenus dont la saisie a été réclamée... »

« Dit qu'il n'y a lieu de maintenir la saisie-arrêt des revenus et le séquestre; dit toutefois que faute d'avoir remis les enfants au prince de Bauffremont dans la quinzaine..., la princesse est, dès à présent, condamnée à lui payer pour chaque jour de retard..., savoir : 500 francs pendant le premier mois et 1000 francs pendant le second mois; passé le délai de deux mois, à défaut d'exécution, il sera par la Cour fait droit définitivement. »

La princesse ne remit pas les enfants à leur père et, le délai de deux mois écoulé, la Cour statua à nouveau par un arrêt du 13 février 1877 :

« La Cour,

« Considérant... qu'en présence de la résistance qu'il s'agit de vaincre, la justice doit d'autant moins hésiter à recourir à une contrainte pécuniaire d'une durée égale à celle de l'obligation qu'il dépend de la princesse de Bauffremont d'en prévoir ou arrêter les effets par sa soumission aux ordres de la justice. »

« Décide que, faute par la princesse de Bauffremont d'avoir remis leurs enfants communs au prince de Bauffremont dans la quinzaine de la signification du présent arrêt, elle demeure dès à présent condamnée à lui payer la somme de 1000 francs par chaque jour de retard dans l'exécution ou la condamnation principale concernant la remise des enfants, et ce, sans interruption pendant tout le temps fixé par ladite condamnation. » En exécution de cet arrêt fut saisi et vendu le château de Ménars, pro-

priété de la princesse ; lorsque le prix fut mis en distribution, le prince de Bauffremont demanda à être colloqué pour une somme qui dépassait un million et s'accroissait chaque jour. Le taux de l'astreinte et la résistance apportée à l'exécution auraient conduit la princesse à la ruine, si la Cour de Bruxelles¹, confirmant un jugement du Tribunal civil de Charleroi, n'avait repoussé la demande du prince de Bauffremont, qui avait saisi et prétendait faire vendre des valeurs mobilières déposées en Belgique par la princesse.

Si nous avons cité les textes des arrêts, si nous avons indiqué toute la partie de la procédure se rattachant directement à la théorie des astreintes, c'est que, dans aucun procès, le fonctionnement de cette théorie n'apparaît plus précis, ni son application plus rigoureuse. Le premier arrêt (7 août 1876) parle bien encore des dommages-intérêts, mais ce n'est aucunement pour les proportionner au préjudice. Dans leur fixation, s'il faut faire entrer en ligne de compte le dommage à réparer, il convient aussi de les proportionner « à la résistance qu'il s'agit de vaincre » et « à l'importance des revenus » de celui qui oppose cette résistance. Si leur chiffre pouvait paraître exagéré, si un scrupule pouvait naître touchant la légitimité d'une semblable menace de ruine, il serait bientôt levé, le juge aurait d'autant moins à hésiter qu'il dépend du débiteur d'en arrêter les effets par sa soumission aux ordres de la justice. On ne peut même plus dire qu'il s'agit d'une condamnation à des dommages et intérêts, le mot en est employé, mais c'est par un vague souvenir du point de départ de la théorie. A quel préjudice corres-

¹ Bruxelles, 5 août 1880. D., 1882, II, 81. S., 81, IV, 1.

pondraient les dommages? A qui devraient-ils être attribués? Il semble bien que s'il y a un préjudice, il est causé aux enfants, puisque le juge, pour déterminer qui en aurait la garde, s'est inspiré de leur plus grand avantage. Lorsque sa décision n'est pas exécutée, ce sont ceux qui sont lésés. C'est donc à eux que devraient aller les dommages-intérêts et non au père qui n'éprouve aucun préjudice, si ce n'est un préjudice moral¹.

Enfin, dans ces arrêts, le but de tout ce système : l'exécution de l'obligation, apparaît très nettement dans la sévérité avec laquelle cette exécution est poursuivie. De principal, la réparation du préjudice est devenue accessoire et tandis qu'auparavant elle aboutissait à l'extinction de l'obligation et trouvait en elle-même sa fin, elle sert maintenant, non plus à remplacer l'exécution, mais à la procurer, elle est devenue un moyen efficace pour y parvenir.

Et, si jamais les juges n'ont admis la transformation des obligations légales en une dette de somme d'argent, si jamais ils n'ont appliqué le système des astreintes aux obligations soumises à l'article 1142, lorsque l'arrêt du 7 août déclare que l'obligation de la princesse de Bauffremont, étant une obligation de faire, se résout en dommages et intérêts, on peut dire que les juges d'appel ont cherché en cette formule une base artificielle, mais indispensable à leur condamnation.

¹ Labbé. Encore l'affaire de Bauffremont. *Revue pratique du Droit français*, 1881, t. L, p. 83. Meynial, *op. cit.*, p. 444. Dans des espèces où il s'agit également de la garde des enfants, des dommages sont attribués non aux enfants, mais à la mère. Angers, 13 février 1856. D., 57, I, 213. Rouen, 12 mars 1864. D., 65, I, 387.

§ 3. **Parallèle.**

En matières d'obligations légales, qu'il s'agisse de l'obligation de cohabiter imposée aux époux par l'art. 214, qu'il s'agisse de la garde des enfants et de l'obligation de les remettre à celui qui exerce la puissance paternelle, la jurisprudence ne fait aucune différence entre le retard et le refus¹.

Nous avons vu qu'elle était arrivée aux mêmes résultats pour les obligations conventionnelles. Mais, tandis que pour celles-ci pareille confusion n'était pas à l'abri de toute critique, il serait, au contraire, difficile d'établir une distinction entre le retard et le refus pour les obligations légales. Admettre, en effet, que l'obligation imposée par la loi peut, par le refus de l'exécution, se transformer en une somme d'argent, serait nier sa nature même. Celui qui en est tenu ne peut s'y dérober ; comment le pourrait-il ? Par la prestation d'une somme d'argent, la femme serait autorisée à ne plus habiter avec son mari, la personne conservant indûment des enfants serait dispensée de les rendre ? Mais la société ne trouverait pas dans cette prestation d'une somme d'argent l'avantage qu'elle est en droit d'attendre de l'exécution de l'obligation. Le législateur a pris soin d'en fixer le mode. Il ne peut appartenir aux volontés des particuliers de le transformer par leur résistance. Il serait aussi contraire aux principes de notre droit de permettre par le refus de débiteur la résolution des obligations légales en dom-

¹ Cass., 8 juin 1896. Pand. franc., 97. I, 95. Cet arrêt assimile formellement le retard et le refus.

mages et intérêts que de prétendre les soumettre aux règles de la prescription.

Celui qui est tenu d'une obligation légale et ne l'exécute pas ne peut donc être considéré qu'en retard d'exécution. En vain exprimerait-il formellement son refus il n'en reste pas moins tenu, il est en faute, et, de sa faute, il ne peut se prévaloir comme d'un droit ¹.

La jurisprudence en assimilant le refus au retard, pour l'exécution des obligations légales, a donc suivi les principes généraux de notre droit.

En sens inverse, elle s'est détournée beaucoup plus complètement de l'ancienne notion des dommages intérêts en ce qui concerne les obligations légales que les obligations conventionnelles. Car, si pour ces dernières le taux des dommages est exagéré on peut dire que pour les obligations légales il est devenu arbitraire. Ce n'est pas que le juge en le déterminant ne tienne compte que de son bon vouloir, ce n'est pas seulement parce qu'il fait entrer dans cette détermination des éléments de calcul étrangers au préjudice comme la résistance et les facultés pécuniaires de la personne tenue de l'obligation, c'est parce que le préjudice pécuniaire est en général insignifiant dans ces sortes d'obligations et que le préjudice moral est inappréciable en argent. C'est pourtant ce préjudice qui, à défaut de préjudice matériel, sert de base à la fixation des dommages-intérêts, au moins pour partie ².

¹ Cass., 8 juin 1896.

² Dans l'espèce que nous avons citée, quel était le préjudice subi par le prince de B., ce n'était certainement pas un préjudice matériel. Et cependant l'arrêt du 7 août parlait de « dommages à réparer », ce ne pouvait être que le dommage moral. Ce dommage étant inappréciable, il est difficile de dire que le taux où la réparation

Et, si le système des astreintes a pour but principal et essentiel l'inexécution, il est certain qu'il aboutit, subsidiairement au moins, à la réparation du dommage moral résultant de l'inexécution. L'idée de contrainte domine l'idée de réparation, mais des moyens employés pour exercer la contrainte résulte la réparation.

Qu'il s'agisse d'obligations conventionnelles ou d'obligations légales, les principes du système des astreintes sont les mêmes, les règles d'application en sont uniformes. Pour les unes comme pour les autres les dommages et intérêts sont exagérés car, à l'idée de réparation de préjudice se sont ajoutées les idées de contrainte et de peine, la condamnation est présumée définitive et un délai est imparti au cours de l'astreinte. Mais, nous l'avons déjà remarqué, c'est à propos des obligations légales que le système des astreintes a été appliqué dans toute sa rigueur, c'est dans les arrêts qui concernent ces obligations qu'il a atteint son plein épanouissement, c'est aussi en pareille matière que les exagérations les plus apparentes ont été commises par les Tribunaux. Cela semble logique car, si ce système nouveau présente une incontestable utilité, c'est bien par son rôle important dans la sanction des obligations légales.

était exagérée. V. Angers, 13 février 1856. Pourvoi, 25 mars 1857. D., 57, I, 212. La Cour d'Angers avoue qu'il n'y a pas de préjudice. Voir la théorie de M. Labbé, p. 93.

CHAPITRE V

CRITIQUE DE LA THÉORIE DES ASTREINTES

Le système des astreintes est aujourd'hui définitivement sanctionné par la jurisprudence, la pratique en fait chaque jour l'application. Son développement a subi une marche progressive et sans arrêts. Il fait aujourd'hui partie de nos institutions juridiques. Mais ni son utilité, ni son succès n'ont pu empêcher de très vives attaques, et il faut bien avouer que de toutes parts les objections se pressent contre lui, car il ne semble pouvoir se concilier, ni avec les principes du dessaisissement du juge et de l'autorité de la chose jugée, ni avec les dispositions de la loi sur l'évaluation des dommages-intérêts, ni avec la règle de notre droit qu'il n'y a pas de peine sans texte. Il est donc nécessaire, pour rendre compte des critiques formulées par la doctrine et des tentatives de justification faites par les auteurs, de se placer successivement à ces différents points de vue.

1. Théorie des dommages et intérêts.

Déjà M. Demolombe attaquait vivement le système de la jurisprudence et, après avoir exposé la théorie des dommages-intérêts, déclarait que ce système n'était pas

juridique, qu'il était contraire aux textes et aux principes. Les critiques formulées par lui ont été, sauf de légères atténuations, reprises par tous les auteurs qui ont traité du droit civil¹. On a, tout d'abord, invoqué l'article 1142 et l'on a raisonné ainsi : toute inexécution en nature d'obligation de faire entraîne résolution en des dommages-intérêts. La contrainte est donc prohibée, que ce soit la contrainte physique ou la contrainte pécuniaire. Nous avons vu que la jurisprudence ne prononce pas d'astreinte lorsque l'obligation de faire, dont le débiteur est tenu, est une obligation qui nécessite un fait personnel. L'article 1142 n'est donc pas violé par la jurisprudence et le reproche qu'on adresse à celle-ci, provient de ce qu'on n'opère pas de distinction entre les arrêts, suivant qu'ils ont été rendus en matière d'obligations légales ou conventionnelles. La critique est d'autant plus singulière qu'elle est faite par ceux-là même qui reconnaissent que les obligations légales ne comportent que l'exécution en nature et ne peuvent se résoudre en dommages-intérêts². Du reste, si la contrainte indirecte n'était prohibée que par l'article 1142, il faudrait en reconnaître la légitimité pour toutes les obligations qui ne lui sont pas soumises.

La seconde objection est beaucoup mieux fondée. L'article 1147 déclare que le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison du retard dans l'exécution, soit à raison de l'inexécution de l'obligation. Pour évaluer ces dommages, l'article 1149

¹ Demolombe, t. XXIV, n° 488 et s., principalement n° 496. — Laurent, t. XVI, n° 301. — Aubry et Rau, t. IV, p. 42, 43. — Huc, t. VII, nos 136, 145. — Baudry-Lacantinerie, Obligations, I, n° 440 et s. — Garsonnet, t. III, § 528.

² Garsonnet, t. III, p. 454 et 458, de même M. Demolombe.

nous fournit une règle précise « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». L'application de cette règle est d'autant plus facile que, indépendamment de sa netteté parfaite, nous avons pour l'interpréter la tradition de l'ancien droit français et du droit romain. Les dommages-intérêts représentent le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*, ils ne peuvent être que la réparation du préjudice matériel subi par le créancier. C'est la règle générale qui domine toute la matière des dommages-intérêts. C'est cette règle qu'il faut appliquer, soit pour le retard ou l'inexécution, soit pour les obligations susceptibles d'exécution forcée ou non. Or, que fait la jurisprudence ? Bien loin, dans le calcul des dommages-intérêts, de ne se servir que des éléments de la perte subie et du gain manqué, elle y fait entrer des notions complètement différentes. Non seulement, elle a égard aux revenus et aux facultés du débiteur, ce qui est encore un élément matériel, mais elle prend en considération la résistance à vaincre et le préjudice moral.

Il est bien certain que si l'on oppose, comme le fait la doctrine, la notion des dommages-intérêts, telle qu'elle nous est fournie par le Code civil à celle qui se dégage des arrêts de jurisprudence, il se trouve entre elles une différence profonde. Ce serait une tentative vaine que d'essayer de les concilier. Aussi bien personne ne l'a tenté, et l'on peut dire que les dispositions du Code civil ont été, en ce qui concerne les dommages et intérêts, le point de départ de toute une évolution. Il faut avoir étudié le cours de cette évolution, pour reconnaître, dans les astreintes, les anciens dommages-intérêts. Car, si le but des dommages était uniquement la réparation du préjudice, le but des

astreintes est l'exécution en nature et, si ces dommages se calculaient d'après le préjudice, les astreintes sont fixées d'après la résistance du débiteur et ses facultés pécuniaires. Les dommages-intérêts étaient un équivalent, ils sont devenus une contrainte. Les arrêts le disent très nettement. Il est vrai que, le plus souvent, la somme accordée par eux est, à la fois, une astreinte et une indemnité ; qu'elle est destinée à contraindre et à réparer. Même dans ce cas, c'est encore l'idée de contrainte qui prédomine et qui l'emporte sur l'idée de réparation, devenue accessoire, à tel point, nous l'avons vu, qu'en matière d'obligations légales, ce n'est pas celui qui subit le dommage, mais celui qui réclame l'exécution qui bénéficie de l'astreinte. Enfin, tandis que d'après la notion classique, les dommages-intérêts ne tendaient qu'à la réparation du préjudice matériel et pécuniaire, le système des astreintes aboutit fréquemment à la réparation du préjudice moral. Et si l'on voulait formuler très nettement les critiques de la doctrine contre le système de la jurisprudence, on pourrait dire qu'il détourne de leur but les dommages-intérêts et qu'il va directement à l'encontre des règles posées par l'article 1149, soit, en fixant ces dommages à un taux supérieur au préjudice, soit en les faisant servir à la réparation du préjudice moral.

II. Pas de peine sans texte.

Dès 1849, l'idée de peine fut introduite par la jurisprudence dans le système des astreintes. Le débiteur qui persiste dans sa volonté de ne pas exécuter son obligation commet une faute qui va sans cesse en s'aggravant, alors

surtout qu'un jugement a ordonné cette exécution. Le juge, prévoyant cette résistance aux ordres de la justice, menace le débiteur d'une peine qui, le délit commis, sera proportionnée à la responsabilité du débiteur dans l'inexécution. Il s'attribue ainsi le pouvoir de punir. Or, ce pouvoir, il ne l'a en aucune manière, car dans notre droit il n'y a pas de peine sans texte. Il n'y a pas de peine sans texte, c'est là un principe fondamental. Il faut que, pour punir un acte, cet acte soit incriminé par la loi. Ce principe fait si peu de doute que la jurisprudence elle-même l'a plusieurs fois sanctionné et que, dès 1812, la Cour de cassation l'a nettement formulé¹; sa jurisprudence à ce sujet n'a jamais varié. Or, il n'y a pas de texte qui qualifie de délit le refus d'exécuter une obligation civile. Car, enfin, on ne peut admettre que ce texte existe dans le jugement qui condamne à exécuter², ce serait reconnaître que le juge a le droit d'incriminer un acte. On ne peut sous-entendre une clause pénale; le juge ne fait qu'interpréter la volonté des parties; le législateur seul pourrait y suppléer en sous-entendant cette clause, le juge ne le peut pas.

D'autre part, il n'y a pas de peines arbitraires : lorsque le législateur incrimine un acte, il édicte une peine. Or, en matière d'astreinte, quels seront les éléments d'appréciation dont le juge pourra s'inspirer, alors que la loi ne lui en fournit aucun. La peine sera nécessairement arbitraire : rien n'est variable comme le préjudice causé et le taux du dommage qui doivent le réparer. Elle le sera d'autant plus que le juge prendra en considération la

¹ Cass., 26 juillet 1812. S., 13, I, 86.

² Paris, 13 février 1877. S., 78, I, 299.

résistance à vaincre, qu'il devra frapper énergiquement le débiteur et sera obligé par cela même de proportionner la peine à l'importance des revenus.

A une pareille critique, la jurisprudence n'a opposé qu'une faible défense, le but même qu'elle poursuivait a paru légitimer pour elle l'emploi de tous les procédés¹ et toute son argumentation semble se résoudre à ceci que le juge ayant le pouvoir de condamner à l'exécution en nature, il est nécessaire qu'il ait le droit de prendre toutes les mesures pour assurer l'exécution des jugements. Les arrêts nous disent que « l'exécution des jugements est d'ordre public », que « force doit rester à la loi », qu'il faut « triompher des résistances injustes et obstinées ». Est-ce à dire que le juge ait le droit de déterminer, en dehors des principes posés par le législateur, les voies d'exécution et, en l'absence de tout texte, d'infliger une peine? Le législateur est seul juge des règles que réclame l'ordre public, les Tribunaux ne peuvent s'en prévaloir pour faire l'œuvre du législateur et surtout pour aller à l'encontre des règles posées par lui. Ils ne peuvent transformer en peine et en peine arbitraire les dommages-intérêts considérés par la loi comme un équivalent, ils ne peuvent y attribuer le droit de punir un débiteur qui n'exécute pas son obligation.

Il semble que les arrêts aient apporté à défendre leur

¹ La Cour de cassation s'explique ainsi sur un pourvoi formé pour violation des articles 1142, 1147, 1149 : « Attendu que la forme de ces dommages-intérêts pouvait être celle que les magistrats jugeraient la plus convenable et la plus efficace, en vue du but à atteindre, qu'en prononçant ainsi dans la liberté de leur appréciation, ils n'ont pu violer aucune loi... » (Cass., 4 avril 1865. D., 65, 1. 387.)

système à la fois un certain dédain et une certaine impuissance. C'est dans la doctrine que la tentative de justification la plus intéressante a été tentée pour laver la jurisprudence de la double critique que nous avons formulée.

M. Labbé, dans un article paru à propos de l'affaire de Bauffremont, formule au sujet de l'idée de peine toute une théorie¹. La règle de la jurisprudence, dit-il, est l'idée suivante : « Les magistrats peuvent prononcer des condamnations pécuniaires, notamment à tant par jour de retard, contre un débiteur qui, tenu d'une obligation, tarde injustement à l'exécuter, mais ces condamnations ne doivent jamais perdre le caractère de dommages et intérêts, c'est-à-dire de réparation de préjudice... L'idée de peine, de peine plus ou moins arbitraire, doit être écartée. Des principes certains, la recherche et la constatation de l'intérêt lésé, du préjudice souffert, doivent diriger les magistrats dans l'attribution de l'émolument de la condamnation. La Cour de Paris, dans les arrêts relatifs à la garde des jeunes princesses de Bauffremont, a suivi cette règle (arrêt du 7 août 1876)... Nous arrivons à cette conclusion : A l'égard de la personne condamnée, la condamnation a le caractère d'un moyen de contrainte : soit, nous n'avons aucune raison de le contester. A l'égard de la personne qui bénéficiera de la condamnation, cette condamnation a le caractère d'une réparation. »

Si la condamnation à l'égard de la personne qui en bénéficie a le caractère d'une réparation, c'est que les dommages-intérêts ne sont pas supérieurs au préjudice qui lui est causé. Pourraient-ils constituer une peine,

¹ Labbé. Encore l'affaire de Bauffremont (*Revue pratique de Droit français*, t. L, 1881, pp. 82-83).

puisqu'ils n'enrichiront jamais le créancier? C'est donc au point de vue de ce dernier et non du débiteur qu'il faut se placer pour fixer le taux des dommages-intérêts. Étant l'équivalent de la créance ils pourront lui être supérieurs et c'est alors que, « à l'égard de la personne condamnée, la condamnation a le caractère d'un moyen de contrainte ». En matière d'obligations légales principalement, comment dire que les dommages-intérêts constituent une peine, puisqu'il est bien évident qu'ils seront toujours inférieurs au préjudice. On pourrait ajouter qu'il ne dépend que du débiteur d'exécuter, que s'il n'exécute pas, c'est que pour lui le bénéfice ou l'avantage de la non-exécution compense le préjudice de l'astreinte. La jurisprudence est donc à l'abri de tout reproche, car pour elle la contrainte ne peut exister que dans la mesure du préjudice. « La Cour de cassation saisie d'un pourvoi, ajoute M. Labbé, a eu soin pour justifier la sentence de faire apparaître, plus nettement que ne l'avaient fait les magistrats de la Cour d'appel.... que si, d'une part, les dommages et intérêts peuvent être prononcés pour vaincre la résistance du débiteur, ils doivent toujours, d'autre part, être proportionnés au préjudice causé, à l'importance des intérêts blessés et en souffrance. » (Voy. Cass. req. 25 mars 1857. S. 57. I. 167) Que devons-nous penser de cette théorie?

Il est vrai que les arrêts en condamnant à une astreinte parlent du préjudice causé et des dommages à réparer, mais nous avons vu combien la notion des astreintes était différente de celle des dommages et intérêts. A tel point que M. Labbé lui-même critique vivement la jurisprudence à propos de l'affaire Bauffremont. La réparation dit-il, doit aller là où est le préjudice il n'admet

pas que le prince de Bauffremont seul bénéficie des dommages et intérêts. Il en réclame pour ses enfants la principale part. De plus, il est certain que le préjudice doit être considéré au point de vue du créancier, et c'est encore pourquoi les arrêts parlent toujours du préjudice subi par lui. Mais il paraît bien évident que le débiteur ne reste pas étranger à l'évaluation des dommages et intérêts. Car enfin, à quoi bon sans cela déclarer qu'il faut proportionner la sanction « à la résistance qu'ils s'agit de vaincre et au dommage à réparer, ainsi qu'à l'importance des revenus dont la saisie a été réclamée » (aff. de Bauffremont, arrêt du 7 août 1876). Il apparaît bien ici que pour deux des éléments d'appréciation, la Cour s'est placée au point de vue du débiteur. Enfin, il est une question sur la solution de laquelle M. Labbé ne s'explique pas dans les lignes très brèves qu'il consacre à l'exposé de son opinion. Lorsqu'il dit qu'à l'égard de la personne qui en bénéficie, la condamnation a le caractère d'une réparation, parle-t-il de la réparation du dommage matériel et pécuniaire ou de celle du dommage moral ? On ne peut le savoir. Il y a là comme une confusion qui rend la théorie beaucoup plus facile à soutenir, car s'il s'agit — comme nous le croyons — de préjudice moral on peut dire de la condamnation, quel qu'en soit le chiffre, qu'elle a le caractère d'une condamnation et non d'une peine. C'est là précisément un des arguments de ceux qui dans la doctrine soutiennent que l'article 1149 concerne aussi bien la réparation du préjudice moral que celle du préjudice matériel ¹.

¹ Chausse. De l'intérêt d'affection (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIV, 1895, p. 445).

Le préjudice moral étant, comme nous l'avons remarqué, inappréciable en argent, comment pourra-t-on soutenir que la réparation est exagérée. Dans l'espèce dont s'occupe l'auteur, il n'est même pas permis de penser qu'il puisse être question du seul préjudice matériel, comment admettre en effet que la condamnation à 500 francs par jour de retard ait pu correspondre à la réparation de ce préjudice. Or, peut être, eût-il fallu prouver tout d'abord que les articles 1147 et 1149 concernaient la réparation du préjudice moral. Même en admettant cela, la jurisprudence ne serait justifiée que pour partie et pour les hypothèses seulement dans lesquelles l'équivalent de la créance serait supérieur à l'équivalent de la dette. M. Labbé l'a bien compris lui-même, il nous en prévient tout d'abord indirectement : « Nous ne dissimulerons pas que, dans quelques jugements ou arrêts, se montre l'intention assez nettement accusée à l'égard d'un débiteur, opposant un obstacle volontaire à l'exécution d'une obligation... de le condamner à une somme d'argent par chaque jour de retard, non à titre d'indemnité, mais à titre de contrainte, à titre de peine. Mais la Cour de cassation n'est pas tombée dans cet excès... » Nous avons vu nous-mêmes ce qu'il en fallait croire.

La théorie de M. Labbé ne peut donc nous satisfaire, soit parce qu'il n'est pas exact que la condamnation, même à l'égard du créancier, présente toujours le caractère d'une réparation; soit parce que les Tribunaux, indépendamment du préjudice, tiennent compte de la résistance du débiteur et de ses revenus; soit, enfin, parce que cette théorie suppose autorisée la condamnation à des dommages-intérêts pour préjudice moral, et

légitime la jurisprudence en acceptant cette jurisprudence ¹.

III. Dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée.

Un jugement condamne à l'exécution d'une obligation et déclare que le débiteur sera tenu à tant par jour de retard à titre de dommages et intérêts.

Quel est le caractère d'un pareil jugement?

Il statue sur le fond du procès, il prononce une condamnation. Il ne peut être que définitif. Il produit alors un double effet, il dessaisit le juge et il acquiert l'autorité de la chose jugée. « *Lata sententia judex desinit esse judex.* » Les Tribunaux ne peuvent donc revenir sur le jugement qu'ils ont rendu, à moins d'opposition ou de requête civile. « *Res judicata pro veritate habetur.* » Le jugement bénéficie d'une présomption absolue de vérité (art. 1350). Le juge ne peut rétracter le jugement qu'il a rendu, il est dessaisi, il ne peut le remettre en question, les articles 1350 et 1351 le lui interdisent.

La jurisprudence viole à la fois l'une et l'autre de ces règles en déclarant que les dommages-intérêts par jour de retard sont prononcés à titre comminatoire ou provisoire, que la condamnation n'a pas le caractère décisive et que les Tribunaux ont la faculté de revenir sur leurs jugements, soit pour déclarer qu'il n'y a pas lieu à dommages

¹ M. Chausse déclare que la théorie des astreintes serait à peu près inutile, si les juges étaient bien pénétrés de la nécessité d'accorder des réparations pour tout dommage moral, p. 448, *op. cit.*; c'est là une opinion exagérée mais qui contient, à n'en pas douter, une bonne part de vérité.

et intérêts¹, soit pour augmenter le chiffre de ces dommages², ou le diminuer³. Elle a tout d'abord considéré comme comminatoires des jugements ayant prononcé une condamnation à des dommages et intérêts qui, plus tard, apparaissaient excessifs et supérieurs au préjudice subi. Mais elle a, nous l'avons vu, abandonné ce système. Le second jugement ne revise plus le premier, il l'interprète, il recherche d'après les circonstances quelle a été l'intention du juge et la portée qu'il a entendu attribuer à sa décision. Si donc, le second jugement déclare le premier comminatoire, c'est que celui-ci s'est réservé à lui-même ce caractère. Le second jugement ne viole plus comme autrefois l'autorité de la chose jugée et ne statue pas sur une question déjà résolue par le premier jugement, il l'exécute pour ainsi dire. En effet, le premier jugement, en condamnant à une astreinte, prévoit le cas où le débiteur persistera dans l'inexécution, il statue donc en vue d'une faute éventuelle ; la condamnation est subordonnée à la réalisation de cette faute qu'elle doit prévenir et, en tout cas, qu'elle doit punir. Si la faute est commise, si le débiteur n'exécute pas, le second jugement viendra simplement constater que la condition posée par le premier

¹ Cass., 28 décembre 1868. D., 69, I, 39. 25 novembre 1884, D., 85, I, 399.

² Cass., 8 juin 1896. Pand. franc., 97, I, 95. 1^{er} décembre, 97. Pand. franc., 99, I, 337.

³ Cass., 28 décembre 1824. 7 novembre 1888.

⁴ Cass., 28 décembre 1884, 4 juin 1834. Mais l'espèce la plus intéressante nous est fournie par un arrêt de la Cour de Paris, et sur pourvoi par un arrêt de la Cour de cassation. En 1840 et en 1841, ces arrêts considèrent comme comminatoire une condamnation à 15.000 francs de dommages-intérêts prononcée par jugement du 11 juillet 1811. (V. Cass., 22 novembre 1841). S., 42, I, 170.

jugement s'est réalisée, que la peine est encourue. Si le débiteur exécute, la faute n'est pas commise, la condition est défaillie, la peine n'est pas encourue. M. Meynial, invoquant la condition apposée au premier jugement, soutient que la jurisprudence ne viole en aucune manière les principes sur l'autorité de la chose jugée¹.

« La première condamnation, dit-il, est soumise à la faute la plus grave que le débiteur puisse commettre dans l'inexécution. Le taux fixé par le premier jugement est un maximum et, s'il y a eu dans la culpabilité du débiteur la plus légère atténuation, la condition devra être regardée comme défaillie. Il n'y a pas revision du premier jugement, mais défaillance de la condition apposée au premier jugement et par suite inexistence du premier jugement en ce qui touche à la réparation du dommage subi, puis second jugement qui statue sur le retard devenu un retard passé. » En effet, en supposant que la condamnation ait été par le premier jugement soumise à la condition de la faute la plus grave ou écarte toute possibilité de revision. Il n'y a que deux hypothèses possibles : ou bien la faute la plus grave a été commise, la condamnation est encourue dans sa totalité, et il y a chose jugée ; ou bien elle n'a pas été commise et le premier jugement est inexistant, un second jugement peut alors intervenir pour statuer sur le retard passé. Dans la première hypothèse, le second jugement exécutera le premier ; dans la seconde hypothèse, le second jugement se prononcera sur une question qui n'a pas été résolue. S'il en était autrement et que le premier juge ait simplement subordonné la condamnation à une faute qu'il n'aurait pas déterminée, le

¹ *Op. cit.*, pp. 464-5.

second juge, en raison même de l'ambiguïté du premier jugement, pourrait prononcer la condamnation pour un degré de faute autre que celui prévu par ce jugement.

Cette théorie est très ingénieuse, elle explique très clairement le système de la jurisprudence, mais le justifie-t-elle ? Il semble que l'on peut faire à M. Meynial le même reproche qu'à M. Labbé, car le premier comme le second paraît défendre la jurisprudence en l'acceptant.

Quelle est en effet la question à résoudre ? Il semble que ce soit la suivante : un jugement a-t-il le droit de s'attribuer à lui-même un caractère comminatoire ou provisoire et de soumettre la condamnation qu'il prononce à une condition ? Tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un jugement peut prononcer à la fois et une condamnation à l'exécution et une condamnation conditionnelle à des dommages-intérêts. Cette condamnation est en effet définitive, le chiffre des dommages-intérêts restera tel qu'il a été fixé et un second Tribunal n'aura pas à intervenir pour savoir si la condition est accomplie ou défaillie ; par cela seul que l'exécution n'aura pas eu lieu, la condamnation sera encourue. Mais un jugement peut-il prononcer une condamnation et déclarer qu'elle ne sera pas encourue si telle condition (la faute la plus grave) ne s'accomplit pas ? La doctrine ne l'accepte pas. Le juge ne peut se réserver, dit-on, le droit de revenir à l'avance sur sa décision, si telle éventualité se réalise ; il rend ses jugements en connaissance de cause ou du moins il doit le faire ; il faut en outre que les procès aient une fin et que l'on ne puisse soumettre deux fois à la justice un même différend¹. Au moment où le juge statue, qu'il prononce

¹ Garsonnet, t. III, p. 221. — Aubry et Rau, VIII, p. 369, note 13.

une condamnation définitive s'il y a faute. Mais, s'il n'y a pas faute, qu'il ne prononce pas de condamnation, car il n'a pas le droit de punir à l'avance. Toutes les fois, du reste, qu'il prononcera une condamnation dans de telles conditions, il faudra qu'un second juge vienne interpréter sa décision, qu'il apprécie s'il y a eu faute et qu'il prononce une nouvelle décision.

La jurisprudence, du reste, ne s'en est pas tenue à l'apposition d'une seule condition : s'il y a eu faute, elle a déclaré certaines condamnations soumises à une seconde condition : s'il y a eu préjudice. M. Meynial le reconnaît lui-même, mais il n'accepte en aucune manière le droit que s'arrogent les Tribunaux d'apposer ces deux conditions. « L'admission de l'affirmative, dit-il, ébranlerait toute entière la théorie de l'autorité de la chose jugée. » Au cas où l'on remettrait en question la faute et le préjudice, le jugement serait anéanti et subirait une véritable revision. Il semble que ce soit une question de degré qui retienne M. Meynial, car du moment où il admet que le premier jugement est inexistant, en ce qui concerne la condition de faute, pourquoi ne l'admettrait-il pas en ce qui concerne la condition de préjudice ? Il voit très bien que cette distinction pourrait paraître arbitraire et il essaye d'écarter ce reproche : « Il semble, dit-il, que la condition de faute se légitime plus facilement que celle de préjudice, car le préjudice futur provient de causes qui peuvent être connues du premier juge et qu'il a dû connaître, puisqu'il a statué, tandis que la faute dépend de la volonté du débiteur qui peut varier d'une manière imprévue. » Il est très vrai que la faute est moins facile à prévoir que le préjudice, mais le fait même de voir réduire la condamnation dans les proportions que nous avons

indiquées ne suffit-il pas à nous montrer que dans beaucoup de cas l'étendue du préjudice n'avait pu être prévue par le juge. Il s'est trouvé inférieur ou inexistant. Tandis que la faute variait avec la volonté du débiteur, le préjudice variait avec les circonstances. Ce n'est pas parce que la condition de faute se légitime plus facilement que la condition de préjudice qu'il faut autoriser l'apposition de l'une et prohiber l'apposition de l'autre. Elles portent toutes deux atteinte aux principes du dessaisissement du juge et de l'autorité de la chose jugée, puisqu'elles permettent aux Tribunaux de revenir sur une décision antérieure et de se prononcer à nouveau sur un différend déjà soumis à leur appréciation. Des arrêts ultérieurs devaient du reste donner tort à cette théorie. Il est arrivé, en effet, que le second juge a trouvé que la faute du débiteur dépassait la faute prévue par le premier juge. Que devait-il faire? Il ne pouvait regarder la condition comme défaillie, puisque par hypothèse cette condition était de « la faute la plus grave » et qu'il y avait à cet égard chose jugée, il devait donc exécuter le premier jugement, c'est-à-dire prononcer la condamnation par lui portée. Ce n'est cependant pas ce qu'il a fait et nous avons vu que si l'astreinte avait été fixée à un chiffre trop faible, les Tribunaux pouvaient ultérieurement l'élever à un chiffre supérieur¹. Il y avait donc alors une revision très nette d'un premier jugement, revision dans laquelle le second jugement ne tenait aucun compte ni du principe du désaisissement du juge, ni du principe de la chose jugée. Mais en supposant même que ces arrêts n'aient pas créé une jurisprudence définitive, il n'en est pas moins certain que la

¹ Cass., 8 juin 1896. Cass., 1^{er} décembre 1897.

détermination d'une culpabilité est essentiellement subjective et qu'il suffira au second juge d'apercevoir une atténuation, si minime qu'elle soit, pour déclarer la condition de faute défaillie, revenir sur la condamnation et se prononcer à nouveau sur un litige déjà résolu. En fait, il est impossible au second juge, en examinant si la condition de faute s'est réalisée, de ne pas substituer son appréciation à celle du premier juge.

CONCLUSION

Raisons d'être de la théorie des astreintes.

Ses résultats. Appréciation.

Maintenant que nous avons étudié le système des astreintes dans ses origines, son évolution et ses applications, n'est-il pas permis de répéter que les dispositions du Code civil sur les dommages-intérêts se sont trouvées le point de départ de toute une évolution. La notion des dommages qu'elles contenaient, a été transformée à tel point que la pratique est arrivée à en dégager une notion nouvelle et tout à fait différente. Une institution juridique a fait son apparition. Les astreintes, en effet, se distinguent nettement des dommages et intérêts; elles sont une contrainte, ils étaient un équivalent; ils étaient déterminés d'après le préjudice, elles sont fixées d'après la résistance du débiteur, ses facultés pécuniaires et l'importance des intérêts en jeu.

L'évolution à laquelle nous avons assisté est d'autant plus intéressante à étudier que rien dans les époques antérieures ne la faisait prévoir et qu'on peut la regarder comme l'œuvre propre et originale de la jurisprudence. La doctrine, en effet, est restée impuissante et ses critiques réitérées n'ont même pu contribuer à faire modifier le système qu'elle attaquait. C'est en elle-même, comme nous l'avons remarqué, que la jurisprudence a

trouvé la raison d'être de ses transformations et de ses développements.

Est-il téméraire d'en conclure que la création d'une pareille institution correspondait à un besoin et que son fonctionnement présentait une incontestable utilité ? Le contraire semble difficile à soutenir et la doctrine elle-même en fait l'aveu.

I. Nos Codes avaient érigé les dommages et intérêts pécuniaires en mode universel de réparation. Toutes les fois que l'exécution forcée était impossible, il fallait se contenter d'une exécution par équivalents. Comme l'équivalent ne pouvait être que pécuniaire, il en résultait que le préjudice matériel seul pouvait être réparé. Or, il est bien évident que l'argent ne peut être considéré comme l'équivalent de toutes les obligations et, qu'indépendamment du préjudice matériel, il peut exister un préjudice moral.

D'autre part, le Code civil posait en principe l'exécution en nature des obligations, toutes les fois que l'exécution forcée était impraticable, ce principe recevait une dérogation. Si, dans certains cas, le créancier pouvait demander la résolution de l'obligation en dommages et intérêts, dans certains autres il ne le pouvait, son droit se trouvait alors dépourvu de sanction, le jugement qui le consacrait demeurait lettre morte.

Enfin, si la convention était la loi des parties et l'exécution en nature la règle qui dominait la matière des obligations, on reconnaissait que le débiteur était en faute de ne pas exécuter. Mais cette faute il pouvait la commettre impunément s'il trouvait à cela son avantage, c'est-à-dire s'il préférait la prestation d'une somme d'argent à

l'exécution en nature de son obligation. Le créancier devait se contenter d'une réparation pécuniaire, alors même qu'il eût préféré l'exécution en nature.

Il semble donc que le Code civil exprimait une idée trop étroite en considérant les dommages et intérêts comme l'équivalent de toute obligation non susceptible d'exécution forcée directe, et en ne les accordant qu'à celui qui subissait un préjudice pécuniaire. Par ce fait, un certain nombre d'obligations demeurait, sans sanction, leur inexécution n'entraînant pas de préjudice pécuniaire, et il restait loisible au débiteur, malgré la volonté du créancier, d'opter, dans certains cas, entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalents.

II. Le système des astreintes a permis aux Tribunaux d'éviter plusieurs de ces inconvénients et il est certain qu'il a, dans une large mesure, facilité la mise en pratique du principe de l'exécution en nature posé par le Code civil.

Pour résumer les résultats acquis par son application, on peut dire qu'il a permis de faire exécuter certaines obligations légales, qu'il a abouti à la réparation du préjudice moral, qu'il a établi en fait dans notre droit la peine civile et enfin que, suivant les tendances d'une évolution déjà ancienne, il a rendu presque inutile l'emploi de la contrainte sur la personne.

Les obligations légales ne pouvaient trouver leur sanction dans une condamnation à des dommages et intérêts, elles ne sont pas de celles, en effet, qui puissent se transformer, se résoudre en une dette de somme d'argent. Leur exécution en nature est seule conforme à l'intérêt public et aux préceptes du législateur. Cette exécution en

nature, malgré l'emploi licite de la *manus militaris*, restait très souvent impossible. S'agissait-il de la garde des enfants ? Celui qui était tenu de l'obligation de les remettre se dérobaient facilement à l'exécution de son obligation, soit en cachant les enfants, soit en les emmenant à l'étranger. S'agissait-il du devoir de cohabitation des époux ? La femme ramenée au domicile conjugal *manu militari* pouvait le quitter à nouveau. Mais, tandis que la jurisprudence avait, pour ce dernier cas, trouvé un argument précieux dans les travaux préparatoires et s'était attribué un pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'autoriser la saisie des revenus de la femme et de ses biens, il n'en était pas de même en ce qui concerne la sanction du droit de garde. Les Tribunaux pouvaient prononcer une condamnation à exécuter l'obligation, mais il ne leur était permis de se faire aucune illusion sur l'exécution de leur jugement, ils se savaient impuissants à contraindre à l'exécution. Il ne dépendait que de la personne tenue à l'obligation de s'en dégager très aisément sans même courir le risque d'une condamnation pécuniaire à un équivalent.

Il semblait cependant qu'une obligation de cette nature, à l'exécution de laquelle la société était directement intéressée, pouvait moins que toute autre demeurer sans sanction. Le système des astreintes créa cette sanction. Grâce à lui, il n'était plus permis de retenir sans droit des enfants, ou du moins on ne pouvait le faire impunément. S'il est impossible de nier qu'en matière d'obligations légales l'œuvre de la jurisprudence ait été efficace, il est certain qu'elle était nécessaire ; par elle, les jugements ne demeurent plus illusoires et les intérêts des enfants sont sauvegardés.

La création d'une telle sanction aux obligations légales ne permit pas seulement d'aboutir à l'exécution, elle produisit un résultat accessoire qu'il n'est pas sans intérêt de signaler : elle rendit presque inutile l'emploi de la force publique. S'il est vrai, en effet, que l'évolution tende depuis les origines du Droit Romain à restreindre de plus en plus les cas de contrainte sur la personne, l'apparition du système des astreintes marque une époque dans l'histoire des voies d'exécution. L'astreinte venait précisément remplacer l'emploi de la *manus militaris*, non seulement parce que celle-ci était inefficace, mais aussi parce qu'elle était contraire à nos mœurs et que les Tribunaux répugnaient à l'autoriser. Ceci nous explique peut-être la divergence qui existe au sujet de l'emploi de la force publique entre les auteurs et la jurisprudence. Si, en effet, la doctrine se montrait beaucoup plus favorable que la jurisprudence à l'emploi de la contrainte sur la personne et l'admettait dans des cas où la jurisprudence ne l'autorisait pas¹, il faut remarquer que la première rejetait la théorie des astreintes et que la seconde l'appliquait.

C'est principalement lorsqu'il s'est agi des obligations légales que la jurisprudence a pu aboutir à la réparation du dommage moral. Quel était, en effet, le préjudice matériel causé à celui des parents qui, ayant par jugement la garde des enfants, s'en voyait indûment refuser la remise ? On peut dire que s'il n'était pas inexistant, il était insignifiant. Le plus souvent il eût trouvé une réparation légitime dans une condamnation à un franc de dommages et intérêts. Le préjudice moral, au contraire, pouvait

¹ Voir Chap. 1^{er}, IV.

être très considérable. Il résultait non seulement de la privation des enfants pour un père ou une mère qui était digne d'en avoir la garde, mais aussi de l'irritation de voir son droit lésé et le jugement qui le consacrait inexécuté. Or, en condamnant à une astreinte celui qui n'effectuait pas la remise des enfants, et en prononçant cette condamnation au profit de celui qui en avait la garde, les Tribunaux ordonnaient en fait la réparation du préjudice moral. N'en était-il pas de même, le plus souvent du moins, au cas où les Tribunaux condamnaient à une astreinte la femme qui avait quitté le domicile conjugal ? Et encore, au cas d'obligations conventionnelles lorsque le chiffre de l'astreinte dépassait la valeur du préjudice ? Il est certain que le but poursuivi était l'exécution de l'obligation et non la réparation du préjudice, mais les moyens employés pour aboutir à cette exécution ne contribuaient pas moins indirectement à cette réparation. C'est là un résultat du système des astreintes regardé comme heureux par tous ceux qui pensent que celui qui subit un dommage moral par l'inexécution d'un contrat ou la violation d'un droit de famille peut prétendre à une réparation, et qui n'admettent pas que cette réparation doive faire défaut, parce qu'elle ne peut être qu'approximative.

Enfin, la jurisprudence a établi dans notre droit la théorie de la peine civile. Le débiteur qui est tenu d'une obligation et qui ne l'exécute pas est en faute, il commet un délit civil. Il manque à sa parole s'il est tenu d'une obligation conventionnelle ; il manque à son devoir s'il est tenu d'une obligation légale. Dans l'un ou l'autre cas il est soumis à une loi (art. 1134). En n'exécutant pas, ou bien il lèse directement la société dans ses droits et dans

ses intérêts, ou bien il lèse son co-contractant et indirectement la société qui ne peut se désintéresser de l'exécution des obligations. A cette faute doit correspondre une peine civile, une amende dont bénéficiera non pas l'Etat, mais celui-là même qui peut réclamer l'exécution de l'obligation. Cette peine ne représentera pas le préjudice, elle ne serait pas une peine; elle ne sera pas nécessairement comminatoire, elle serait inefficace; elle sera proportionnée à la faute commise, c'est-à-dire sera fixée en raison de la résistance du débiteur et des intérêts en jeu. Qu'il s'agisse d'obligations conventionnelles ou légales, il est certain que la théorie de la jurisprudence en introduisant l'idée de peine civile apporte une nouvelle sanction aux obligations. Bien souvent le débiteur sera effrayé par la menace de la peine; s'il n'en est pas effrayé, s'il persiste dans son mauvais vouloir, sa faute ne sera pas impunie, elle recevra son châtement.

III. Si maintenant nous avons à juger le système des astreintes en lui-même et non d'après ses résultats et ses raisons d'être, nous dirions qu'il peut être dangereux en ce qu'il laisse au juge un pouvoir discrétionnaire d'appréciation une disproportion peut exister par suite entre les intérêts en jeu et l'énergie des moyens employés. Nous ajouterions qu'il est remarquable par sa simplicité et par la sûreté avec laquelle il conduit à la fin qui est la sienne. Son mécanisme ingénieux est précis et puissant, aucun arrêt ne peut se produire, aucun obstacle ne peut entraver sa marche. Lorsqu'il est mis en mouvement, on peut dire que le débiteur n'a devant lui qu'une seule issue : l'exécution en nature. Son patrimoine tout entier est devenu le gage de cette exécution.

APPENDICE

OBSERVATIONS SUR LA JURISPRUDENCE BELGE

Il est si vrai que l'apparition des astreintes correspondait à un besoin, que la jurisprudence belge en même temps que la jurisprudence française et, sans subir son influence, en faisait l'application.

L'année 1824 vit apparaître dans les deux pays, à quelques mois d'intervalle, les deux arrêts qui se trouvèrent le point de départ d'une double évolution.

Le 1^{er} avril 1824, en effet, la Cour de Bruxelles rendit un arrêt prononçant une condamnation à tant par chaque jour de retard¹.

Les termes de l'arrêt nous prouvent qu'il ne pouvait être question d'une condamnation à des dommages et intérêts prononcés à titre de réparation de préjudice et nous montrent les différences d'origine de la jurisprudence belge et de la jurisprudence française. Il s'agissait dans l'espèce de l'obligation de la femme de cohabiter avec son mari.

« Considérant, dit la Cour, que les circonstances offrent dans la présente cause, comme moyen coercitif le plus

¹ Dalloz, Rép. V^o Mariage, n^o 759.

efficace, la fixation d'une somme d'argent par forme de *pénalité* pour chaque jour de retard que l'appelante mettra à remplir l'obligation susdite ; qu'ainsi le premier juge a envisagé l'affaire sous son véritable point de vue en prononçant une amende au profit de l'intimé et à charge de l'appelante pour chaque jour de retard »

Du premier coup, la condamnation à tant par jour de retard était prononcée à titre de contrainte et à titre de peine, la Cour de Bruxelles n'usait d'aucun détour pour le faire. Elle formulait nettement ce système nouveau sans y être amenée comme les Tribunaux français par des considérations d'équité. Il faut remarquer qu'elle en faisait pour la première fois l'application à une obligation légale, à celle précisément que la jurisprudence française devait soumettre la dernière au système des astreintes. Cela nous explique celle des différences que nous avons encore à noter entre les deux jurisprudences : la condamnation était définitive et non comminatoire. Si en France nous avons trouvé des antécédents à la théorie des astreintes, il semble qu'en Belgique le système soit né spontanément et comme de lui-même. L'exagération des dommages et intérêts, le caractère comminatoire de la condamnation sont, en effet, étrangers à son origine. Il semble que son point de départ se trouve uniquement dans l'idée de peine.

Cette idée paraît avoir toujours préoccupé l'esprit des juges belges. Nous allons le voir par les transformations de leur jurisprudence.

L'affaire Bauffremont fut, comme nous l'avons dit, soumise aux Tribunaux de Belgique, le prince ayant fait

¹ S., 81, IV, 1.

saisir des valeurs mobilières appartenant à la princesse et déposées en ce pays.

Dans un arrêt du 5 août 1880, la Cour de Bruxelles¹, adoptant les théories de la doctrine, critique avec énergie le système des astreintes et refuse d'en sanctionner les résultats. « Attendu, dit cet arrêt, que si toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution, ceux-ci ne peuvent dépasser le préjudice réel qui en est la conséquence, ni se mesurer à la force de résistance et à l'importance des revenus de la partie en demeure de s'exécuter; attendu que dans ces conditions la condamnation prononcée (Paris, 12 fév. 1877) est sans rapport aucun avec le dommage qu'éprouverait le prince de voir ses enfants retenus près de leur mère.

« Attendu, d'autre part, qu'aucune disposition légale n'autorise les Tribunaux civils à prononcer des condamnations pécuniaires à titre de sanction ou de contrainte.

« Que cette pratique consacrerait une véritable usurpation du droit de punir, d'autant plus dangereux qu'il serait abandonné à l'arbitraire, alors qu'en matière répressive le législateur même renferme ce droit dans de strictes limites; que ces principes sont d'ordre public; que le danger de leur violation résulte à l'évidence des conséquences mêmes des arrêts de la Cour de Paris..... »

La Cour de Bruxelles n'admettait donc en aucune manière la validité du système des astreintes, et, reprenant les arguments de la doctrine, elle en rejetait l'application comme contraire aux dispositions du Code civil sur les dommages et intérêts, et surtout comme consacrant pour le juge une usurpation du droit de punir. Il semble cependant que les juges belges aient été impressionnés dans cette affaire, soit par les résultats des arrêts de la Cour

de Paris qu'ils énumèrent soigneusement, soit par l'étude d'une question de droit international qui fut tranchée dans la même instance. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt fut rejeté¹. Cette jurisprudence, néanmoins ne devait pas être maintenue.

Peu d'années s'étaient écoulées, en effet, lorsque la Cour de cassation fit à nouveau l'application du système que la Cour de Bruxelles, avec son approbation, avait si vivement critiquée en 1880. La Cour de cassation s'exprimait ainsi dans un arrêt du 23 juin 1887² : « Attendu qu'une condamnation pécuniaire pour retard dans l'exécution d'une décision judiciaire constitue non une pénalité au sens répressif.... mais une indemnité pour l'inexécution d'une obligation autorisée par les articles 1142 et 1226 et suiv., C. civ. Que l'allocation de semblable indemnité dont le juge apprécie *souverainement l'opportunité et le chiffre*.... » Il ne faudrait pas s'en rapporter aux termes de l'arrêt car, sans vouloir en faire l'aveu, la Cour de cassation approuvait à nouveau la pratique des astreintes. Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, d'une condamnation à délaisser des biens. Celui qui était tenu à ce délaissement n'exécutant pas son obligation, fut condamné à 1000 francs de dommages et intérêts par chaque jour de retard. Or, il est d'autant plus difficile de penser qu'une telle condamnation ait été encourue à titre de réparation que le préjudice n'était même pas allégué. Si, avec la Cour de cassation, il faut admettre que la condamnation ne contenait pas de pénalité dans le sens répressif, il est impossible de nier qu'elle n'ait été pronon-

¹ Cass. Belg., 19 janvier 1881. S., 82, IV, 19.

² D., 88, II, 311.

cée à titre de contrainte et de peine civile. Pourquoi, s'il en était autrement, la Cour parlerait-elle du pouvoir pour le juge d'en apprécier souverainement l'opportunité et le chiffre ?

La jurisprudence belge ne semble donc pas présenter comme la jurisprudence française un système nettement formulé et arrêté. Elle nous offre des exemples de variations et de timidité. Mais si l'évolution qu'elle a subie semble moins logique et moins régulière que celle accomplie en France, il est certain que la théorie des astreintes a été sanctionnée à plusieurs reprises par ses décisions. La doctrine belge cependant, comme la doctrine française, combattait la théorie des astreintes et la déclarait contraire aux principes¹.

¹ Laurent, t. XVI, p. 301 et 302. Arntz, *Cours de droit civil français*, t. III, n° 58.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

FLURER.

Vu :

LE DOYEN.

E. GAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE.

PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ.

G. COMPAYRÉ.

TABLE

BIBLIOGRAPHIE	7
INTRODUCTION	9
CHAPITRE PREMIER. — EXÉCUTION DES OBLIGATIONS . . .	11
I. Principe	11
II. Objet de la condamnation	17
III. Exécution de la condamnation.	19
A. Obligation dont l'objet est un bien existant . .	20
B. Obligation dont l'objet est un acte fongible (art. 1144).	20
C. Obligation de ne pas faire (art. 1143)	21
D. Promesses d'accomplir un acte juridique . . .	23
IV. Obligations légales	28
V. De la contrainte indirecte et de la peine civile. . .	31
CHAPITRE II. — ANTÉCÉDENTS DE LA THÉORIE DES ASTREINTES .	35
I. Condamnation <i>in futurum</i> par chaque jour de retard .	35
II. Jugements comminatoires. — Délais de grâce . . .	38
CHAPITRE III. — ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DES ASTREINTES .	41
I. Arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1824 : <i>Dommages et intérêts comminatoires</i>	41
II. Arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1832 : <i>Exagération des dommages-intérêts</i>	43
III. Arrêt de la Cour de Douai du 5 décembre 1849 : <i>Dommages et intérêts à titre de peine</i>	46

IV. Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1865 :	
<i>a) Les condamnations à des dommages-intérêts sont préjugées définitives. — b) L'appel ne suspend pas le cours des dommages-intérêts.</i>	50
V. Arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1889 :	
<i>Fixation d'un délai au cours de l'astreinte</i>	58
VI. Arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1896 :	
<i>Le taux de l'astreinte est susceptible d'être élevé dans un second jugement.</i>	60
CHAPITRE IV. — APPLICATION DE LA THÉORIE DES ASTREINTES.	62
I. Obligations conventionnelles.	62
§ 1. Obligation à un fait personnel	64
§ 2. Retard dans l'exécution et refus d'exécution	69
II. Obligations légales	73
§ 1. Obligation des époux de cohabiter (art. 214 C. civ.)	73
§ 2. Garde des enfants	78
§ 3. Parallèle	84
CHAPITRE V. — CRITIQUE DE LA THÉORIE DES ASTREINTES	87
I. Dommages et intérêts	87
II. Pas de peine sans texte	90
III. Dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée.	97
CONCLUSION. — RAISONS D'ÊTRE DE LA THÉORIE DES ASTREINTES; SES RÉSULTATS; APPRÉCIATION	105
APPENDICE. — OBSERVATIONS SUR LA JURISPRUDENCE BELGE	113

